

Rolf Deerberg

§ 832 BGB UND VERSICHERUNGSGEDANKE

1978



Digitized by the Internet Archive
in 2026

§ 832 BGB UND VERSICHERUNGSGEDANKE

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster



Vorgelegt von

Rolf DEERBERG
aus Gummersbach



1. Berichterstatter: Prof. Dr. Erik JAYME
2. Berichterstatter: Priv.-Doz. Dr. Ulrich HÜBNER

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Juni 1978

Inhaltsverzeichnis

Seite

I EINLEITUNG

1	Die Spannungsverhältnisse, in denen § 832 steht	15
2	Die Elternhaftung, eine Haftung für ver- mutetes eigenes Verschulden	18
3	Zwei Beispiele aus der Rechtsprechung	21
4	§ 832 im Schatten von § 831	25
5	Die Reformbedürftigkeit des § 832	27
6	Die Fragestellung der Arbeit	30

II DIE TATBESTANDSPROBLEME DES § 832

1	Der zweischichtige Tatbestandsaufbau des § 832 I	31
1.1	Die Bedeutung des Unterlassens und seine Ausfüllungsbedürftigkeit für das Maß der Aufsichtspflicht	32
1.1.1	Die Eigenart des Kindes	33
1.1.2	Die Verhältnisse der Eltern	34
1.1.3	Die sonstigen Umstände	36
1.2	Die Identität der familienrechtlichen mit der schadensrechtlichen Aufsichtspflicht	36
1.3	Der Versuch einer inhaltlichen Präzi- sierung der Aufsichtspflicht	40
1.3.1	Der Ausgangspunkt der Rechtsprechung	40
1.3.2	Die familienrechtliche Funktion der Aufsichtsführung	43
1.3.3	Das elterliche Sorgerecht de lege ferenda	47
1.3.4	Zusammenfassung	50
1.4	Der Kreis der aufsichtspflichtigen Personen	51
1.4.1	Die Aufsichtspflicht über minderjährige Personen bei bestehender Ehe	52
1.4.1.1	Bei bestehender Ehe und Getrenntleben	54
1.4.1.2	Während des Ehescheidungsverfahrens	55

1.4.1.3	Die Aufsichtspflicht der Mutter über ein nichteheliches Kind	55
1.4.1.4	Die Aufsichtspflicht bei Bestellung eines Vormundes	56
1.4.1.5	Die Aufsichtspflicht bei Bestellung eines Pflegers	58
1.4.1.6	Abschließende Regelung des aufsichtspflichtigen Personenkreises	59
1.4.1.7	Zusammenfassung	61
1.4.2	Die Aufsichtspflicht über Volljährige	62
1.4.2.1	Die Aufsichtspflicht des Vormundes bei geistigen Gebrechen	62
1.4.2.2	Die Aufsichtspflicht des Pflegers bei geistigen Gebrechen	65
1.4.2.3	Die Aufsichtspflicht des Vormundes bei körperlichen Gebrechen	67
1.4.2.4	Die Aufsichtspflicht des Pflegers bei körperlichen Gebrechen	68
1.4.2.5	Zusammenfassung	69
1.5	Die Beweislast	70
1.5.1	Die Rechtsnatur des Mittels, mit der der Gesetzesgeber die Beweislast umschichtet	72
1.5.2	Die dem Kläger verbleibende Beweislast	75
1.5.3	Die Meinung Adens	77
1.6	Der Entlastungsbeweis	80
1.6.1	Die Beweislastumkehr aufgrund der ersten Vermutung ist eine dreifache	81
1.6.2	Die Beweislast des Beklagten aufgrund der zweiten, der Ursächlichkeitsvermutung	83
1.6.3	Ursprung und Grenzen der Beweislastumkehr	85
1.6.3.1	Das Argument der Pflicht zur Rechenschaftslegung läßt sich nur schwer aus der gesetzlichen Pflicht ableiten	85
1.6.3.2	Der Gesichtspunkt der leichteren Beweisführung	86
1.6.4	Die Pflicht zur Entlastung ist für den Aufsichtspflichtigen teilweise Gefährdungshaftung	89
1.7	Außerhalb von § 832 liegende, die Beweissituation beeinflussende Umstände	90
1.7.1	§ 830 I 1	90
1.7.2	§ 830 I 2	91
1.7.3	§ 840	93

		<u>Seite</u>
2	Die Verantwortlichkeit nach § 832 II	96
2.1	Das Verhältnis von gesetzlicher und vertraglicher Aufsichtspflicht	96
2.2	Das Problem der vertraglichen Übernahme der Aufsichtsführung und seine Ausprägung in der Rechtsprechung	100
2.3	Randfragen zu § 832 II	105
3	§ 832 und angrenzende Haftungstatbestände	107
3.1	Das Verhältnis von § 829 zu § 832	107
3.2	§ 823 und § 832	109
4	Eine Zusammenfassung der dargelegten Spannungsverhältnisse und Widersprüchlichkeiten	110
III EINE RECHTSVERGLEICHENDE BETRACHTUNG		
1	Das französische Recht	114
2	Das schweizerische Recht	122
3	Das österreichische Recht	126
4	Das italienische Recht	129
5	Das Recht der DDR	132
6	Das niederländische Recht	135
7	Zusammenfassung	140
IV KINDERSCHÄDEN LEGEN EIN GEÄNDERTES HAFTUNGSKONZEPT NAHE		
1	Die in § 832 hineinreichenden Interessenkreise verursachen einen Zielkonflikt, der allerdings zum Teil ein Scheinkonflikt ist	141
2	Die vier theoretisch denkbaren Schadenstragungssysteme	143
3	Die Überwälzungsfähigkeit von Schäden	144
4	Die Elternhaftung sollte nicht auf ein Verteilungssystem verzichten	146

4.1	Bei einem System, das auch den verschuldeten Schaden beim Geschädigten beläßt, ist ein Verteilungsmechanismus unumgänglich	146
4.2	Auch ein System der Überwälzung böte in Verbindung mit einem obligatorischen Verteilungsmechanismus unübersehbare Vorteile	147
4.2.1	Ein freiwillig begründeter Verteilungsmechanismus ist kaum ausreichend	148
4.2.2	Allen Interessenlagen wäre eine Pflichtversicherung dienlich	149
4.2.3	Der Boden für eine materiell-rechtliche Reform würde geebnet	152
5	Ein Vergleich der verbesserten Systeme	157
5.1	Der Gesichtspunkt eines schnellen und ausreichenden Schadensausgleichs	157
5.2	Der Kostenpunkt	159
5.3	Die Überwachung der Prämien	161
5.4	Der quantitative Schwellenwert	162
5.5	Die gesamtwirtschaftliche Kostenstelle	163
5.6	Keines der Systeme mit Verteilungsmechanismus hat entscheidende Vorteile	165
6	Der Gedanke der Prävention	167
V	ZUSAMMENFASSUNG	170

Literaturverzeichnis

Die in der Arbeit verwendeten Abkürzungen entsprechen den Gepflogenheiten des Landes, dem die Materie entstammt. Für die Bundesrepublik ist nach dem "Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache", 2. Aufl., Berlin 1968, von H. Kirchner, verfahren worden. In den Fußnoten ist, wo dies ohne Verständnisschwierigkeiten möglich war, aus Raumgründen hiervon zum Teil abgewichen worden. Häufiger zitierte Werke werden abgekürzt zitiert. Die Abkürzungen sind durch Unterstreichungen im Literaturverzeichnis kenntlich gemacht.

Aden, Menno: Die Haftung der Eltern für unerlaubte Handlungen ihrer Kinder im französischen und deutschen Recht, Diss., Bonn 1972

- Die Beweislast des Klägers in § 832 BGB, MDR 1974, 9ff

Baumgarte, Gisela: Das Elternrecht im Bonner Grundgesetz, Diss., Köln 1966

Baur, Fritz: Zur dogmatischen Einordnung der Haftung für "Verrichtungsgehilfen", Karlsruher Forum, 1962, 14ff

Becker, Hans-Joachim: Das Elternrecht im Spiegel der verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, FamRZ 1961, 104ff

Beitzke, Günther: Die elterliche Gewalt nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts, JR 1959, 401ff

- Familienrecht, 19. A., München 1977

Boettinger, Karl: Überwindung der Haftpflichtversicherung, VersR 1952, 306

Bosch, Friedrich Wilhelm: Ehe und Familie in der Rechtsordnung, FamRZ 1967, 517ff

Boscher, Walter: Haftung Minderjähriger und ihrer aufsichtspflichtigen Eltern - Eine Übersicht über die

Rechtsprechung -, VersR 1964, 888f

Büchner, Georg: Zur Theorie der obligatorischen Haftpflichtversicherung, Diss., Tübingen 1969

Caemmerer, Ernst v.: Ausgleichsprobleme im Haftpflichtrecht in rechtsvergleichender Sicht, ZfRV 9 (1968), 81ff

- Wandlungen des Deliktsrechts, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960, Karlsruhe 1960, Bd 2, S. 49ff

Clasen, Günther: Teilungs- und Regreßverzichtsabkommen mit Haftpflichtversicherern, Karlsruhe 1958

Clauß, Karl: Die Familie im Haftpflicht- und Versicherungsrecht, FamRZ 1959, 41ff

Deutsch, Erwin: Entwicklungstendenzen des Schadensrechts in Rechtsprechung und Wissenschaft, JuS 1967, 152ff

- Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- Gefährdungshaftung und Verschuldenshaftung. Probleme der Zweispurigkeit des Haftungsrechts, Karlsruher Forum 1968, 1ff
- Grundmechanismen der Haftung nach deutschem Recht, JZ 1968, 721ff
- Haftungsrecht I, Köln, Berlin, Bonn, München 1976

Doberschütz, Klaus: Die soziale Sicherung des amerikanischen Bürgers, Berlin 1966

Dölle, Hans: Familienrecht, Bd I, Karlsruhe 1964, Bd II Karlsruhe 1965

Drion, Hubert: Verzekering en aansprakelijkheidsrecht, s'-Gravenhage 1956

Ehrenzweig, Albert A.: Schuldhaftung im Schadensersatzrecht, Wien 1936

- Ein Beitrag zur Überwindung der Haftpflichtversicherung im Kraftfahrrecht. Internationales Versicherungs-

- recht, Festschrift für Albert Ehrenzweig, Karlsruhe 1955, 9ff
- Negligence Without Fault - Trends Toward an Enterprise Liability for Insurable Loss, Berkeley 1951, wieder abgedruckt in Calif.L.Rev. 54 (1966), 1422ff
- Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil 15. A., 1. Halbbd, Tübingen 1964, 2. Halbbd, Tübingen 1959
- Erdsiek, Gerhard: Die Problematik des § 831 und seine Einwirkung auf unsere Vertrags- und Amtshaftung, JurJb 8 (1967/68), 36ff
- Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd I u. II, 6. A., Münster 1975
- Esser, Josef: Grundfragen der Reform des Schadenersatzrechts, AcP 148, 121
- Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, München-Berlin 1941 u. 1969
 - Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts, JZ 1953, S. 129ff
 - Schuldrecht, 4. A., Bd I, Allg. Teil, Karlsruhe 1970
 - Schuldrecht, 4. A., Bd II, Bes. Teil, Karlsruhe 1971
- Esser-Schmidt, 5. A., Bd I, Allg. Teilbd 1, 1975, Teilbd 2, 1976
- Ferid, Murad: Das französische Zivilrecht, Bd I, Frankfurt 1971
- Fikentscher, Wolfgang: Schuldrecht, 6. A., Berlin, New York 1976
- Fitting, Hermann: Die Grundlagen der Beweislast, ZZP 13, 1ff
- Flume, Werner: Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd II, 2. A., Berlin, Heidelberg, New York 1975
- Gernhuber, Joachim: Elterliche Gewalt heute - Eine grundsätzliche Betrachtung -, FamRZ 1962, 89ff
- Lehrbuch des Familienrechts, 2. A., München 1971

- Gierke, Otto: Die soziale Aufgabe des Privatrechts,
Berlin 1899
- Göppinger, Horst: Probleme des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kind, Frankfurt 1967, in: Kleinere Schriften des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, Heft 28
- Großfeld, Bernhard: Haftpflichtversicherung im Wandel,
in: Versicherungswirtschaft 1974, 693ff
- Schadensverhütung und Versicherung, ZVersWiss 1977, 393ff
- Güllemann, Dirk: Ausgleich von Verkehrsunfallschäden im Lichte internationaler Reformprojekte, Diss.,
Münster 1969
- Hanau, Peter: Die Rückwirkungen der Haftpflichtversicherung auf die Haftung, VersR 1969, 291ff
- Hauß, Fritz: Entwicklungslinien des deutschen Schadenersatzrechts, ZVersWiss 1967, 151
- Heldrich, Andreas: Die allgemeinen Rechtsgrundsätze der außervertraglichen Schadenshaftung im Bereich der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd 10, Frankfurt-Berlin 1961
- Helm, Johann Georg: Rechtsfortbildung und Reform bei der Haftung für Verrichtungsgehilfen, AcP 166 (1969), 389ff
- Hippel, Eike v.: Zur Haftung Aufsichtspflichtiger für durch Kinder verursachte Schäden - Ein Ruf nach Reform, FamRZ 1968, 574f
- Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen, Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz. Eine rechtsvergleichende Untersuchung. Berlin-Tübingen 1968
- Nochmals: Der Versicherungsgedanke im Schadensrecht, VersR 1968, 231ff
- Hübner, Ulrich: Der Direktanspruch gegen den Kraftfahrzeughaftpflichtversicherer im Internationalen Privat-

recht, VersR 1977, 1069ff

Hübner, Ulrich: Die Haftung des Gardien im französischen Zivilrecht, Karlsruhe 1972

Husserl, Gerhart: Person, Sache, Verhalten. Zwei phänomenologische Studien. Frankfurt 1969

- Recht und Welt, Rechtsphilosophische Abhandlungen, Frankfurt 1964

Immenga, Ulrich: Aufsichtspflichtverletzung und Gleichberechtigung, FamRZ 1969, 313ff

Jayme, Erik: Die Familie im Recht der unerlaubten Handlungen, Berlin 1971

- Die Neuregelung des ehelichen Güterrechts und des Kindschaftsrechts im italienischen Reformgesetz vom 19.5.1975, StAZ 1976, 193ff

Koebel: Aufsichtspflicht der Eltern und Gleichberechtigung, NJW 1960, 2227f

Koenig, Willy: Schweizerisches Privatversicherungsrecht. System des Versicherungsvertrages und der einzelnen Versicherungsarten. 2. A., Bern 1960

Kötz, Hein: Zur Haftung bei Schulunfällen, JZ 1968, 285ff

- Haftung für besondere Gefahr, AcP 170, 1ff

Koziol, Helmut: Ersatz der Haftpflicht bei Verkehrsunfällen durch Unfallversicherung?, ZfRV 11 (1970), 16ff

Kuhn, Gustav: Grundrechte und Minderjährigkeit, Berlin, Neuwied 1966

Lange, Hermann: Empfiehlt es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? (Abgekürzter Titel), in: Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, Tübingen 1960, Bd I, 1ff

- Systematische Darstellung des Familienrechts, JZ 1965, 425ff

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd I, Allg. Teil, München 1976

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Bd II, Besonderer Teil, 11. A., München 1977

- Methodenlehre der Rechtswissenschaften, 3. A., Berlin, Heidelberg, New York 1975
- Präventionsprinzip und Ausgleichsprinzip im Schadensrecht, NJW 1959, 865f
- Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegriffs, VersR 1963, 1ff

Lesser, Joachim: Die "faute" bei der Elternhaftung im französischen Recht - Rechtsprechungsanalyse, Diss., Frankfurt 1973

Luther, Gerhard: Ehemündigkeit, Volljährigkeit, Strafmündigkeit. Rechtsvergleichende Studie zur Vereinheitlichung der Altersstufen im Zivil- und Strafrecht, Berlin-Neuwied 1961

Marton, Geza: Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Haftung, AcP 162, 1ff

Mataja, Victor: Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie, Leipzig 1888

Maunz, Theodor: Die verfassungsrechtliche Gewähr von Ehe und Familie, FamRZ 1965, 1ff

Mazeaud, Henri-Mazeaud, Léon-Tunc, André: Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Bd 1, 6. A., Paris 1965; Bd 2, 5. A., Paris 1958; Bd 3, 5. A., Paris 1960

Mertens, Hans-Joachim: Der Referentenentwurf zur Änderung des Schadensersatzrechts, FamRZ 1968, 130ff

Mugdan, B.: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Berlin 1899, Bd II, Recht der Schuldverhältnisse; Bd IV, Familienrecht

Müller-Freienfels, Wolfram: Der Einfluß der Schuldigerklärung auf die Regelung der elterlichen Gewalt, JZ 1959, 339ff, 396ff

- Nastelski, Günter: Haftungsausschluß und Gesamtschuldnerausgleich bei unerlaubten Handlungen, Diss., Freiburg 1966
- Neuhaus, Paul Heinrich: Um die Reform des deutschen Internationalen Kindschaftsrechts, FamRZ 1967, 22ff
- Oftinger, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2. A., Bd I, Zürich 1958; Bd II, 1 Halbbd 1960, 2 Halbbd 1962
- Ohm, Karl: Die Aufsichtspflicht der Eltern unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung, VersR 1959, 780ff
- Ollier, Pierre-Dominique: La responsabilité civile des père et mère, Paris 1961
- Pelosi, Angelo Carlo: La patria potestà, Milano 1965
- Pfretzschner, H., Zur "Haftung" des Lehrers bei Verletzung der Aufsichtspflicht, ZBR, 1956, 399ff
- Plósz, Alexander: Die Natur der gesetzlichen Vermutungen, in: Festschrift für Wach, 2. Bd, S 1ff, München und Leipzig 1918
- Prölls, Erich: Haftpflichtversicherung als Haftpflichttatbestand?, Karlsruher Forum 1959, 41ff
- Prölls, Jürgen: Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, Karlsruhe 1966
- Prölls-Martin, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 21. A., München 1977
- Referentenentwurf (E 67): Bundesministerium der Justiz: Referentenentwurf eines Gesetzes zu Änderung und Ergänzung schadensrechtlicher Vorschriften, Teil I: Wortlaut; Teil II: Begründung
- Reuter, Dieter: Die Grundrechtsmündigkeit - Problem oder Scheinproblem?, FamRZ 1969, 622ff
- Rosenberg, Leo: Die Beweislast, 5. A., München 1965
- Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 12. A., München 1977

- Ruhkopf, Rolf: Zur Eintrittspflicht des Allgemeinen Haftpflichtversicherers für Ansprüche aus § 832 BGB, VersR 1959, 489ff
- Rümelin, Gustav: Culpahaftung und Causalhaftung. AcP 88 (1898), 285ff
- Schmidt, Eike: Fahrlässigkeit und Rechtfertigung im Bürgerlichen Recht, Diss., Freiburg 1966
- Schnitzerling, Manfred: Grenzen elterlicher Aufsichtspflicht, in: Der Versicherungsnehmer 1966, 132ff
- Seetzen, Uwe: Zur Entwicklung des internationalen Deliktsrechts, VersR 1970, 1ff
- Seiler, Hans Hermann: Die deliktische Gehilfenhaftung in historischer Sicht, JZ 1967, 525ff
- Selb, Walter: Individualschaden und soziale Sicherung, Karlsruher Forum, 1964, 3ff
- Sieg, Karl, Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz, ZHR 113, 95ff
- Soergel-Siebert-Zeuner, 10. A., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1969, zu § 832
- Staudinger-Schäfer, 10./11. A., Berlin 1975, zu § 832
- Staudinger-Donau, 10./11. A., Berlin 1966, zu §§ 1631ff
- Tunc, André: L'enfant et la balle. Réflexions sur la responsabilité civile et l'assurance, J.C.P. 1966, I, 1983
- Vogler, Oskar: Grundlagen und Grenzen der anglo-amerikanischen Gefährdungshaftung nach der rule in Rylands v. Fletcher, Diss., Tübingen 1965
- Weimar, Wilhelm: Zur Haftung bei Aufsichtsverschulden gemäß § 832 II BGB, MDR 1962, 356f
- Weimar, Robert: Zur Problematik der Schadensersatzpflicht bei Verletzung der elterlichen Gewalt, MDR 1962, 7ff
- Weitnauer, Hermann: Gedanken zu Stand und Reform des

Schadensersatzrechts, VersR 1963, 101ff

Westen, Klaus: Zur Frage einer Garantie- und Risikohaftung für sog. "Verkehrssicherungspflichten", in: Festschrift für Fritz v. Hippel, Tübingen 1967, S 591ff

Weyers, Hans-Leo: Unfallschäden. Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Vorsorgesystemen. Frankfurt 1971

Wiethölter, Rudolf: Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, Karlsruhe 1960

Wolf, Ernst: Die Lehre von der Haftung, AcP 170, 181ff

Zachert, Ulrich-Christoph: Gefährdungshaftung und Haftung aus vermutetem Verschulden im deutschen und französischen Recht, in: Arbeiten zur Rechtsvergleichung, 1971 (Heft 49)

I EINLEITUNG

1 Die Spannungsverhältnisse, in denen § 832 BGB steht

§ 832 BGB befaßt sich mit der Überwälzung von Schäden, die ein schuldunfähiger Schädiger verursacht hat. Vorrangige Bedeutung kommt dabei dem Schaden zu, der von einem wegen Minderjährigkeit schuldunfähigen Schädiger verursacht wurde. Die Norm hat den das deutsche Deliktsrecht beherrschenden Grundsatz der Verschuldenshaftung in zweierlei Hinsicht berücksichtigt: einmal wird die Ersatzpflicht nicht beim schuldunfähigen Schädiger gesucht, sondern in einer hinter diesem stehenden schuldfähigen Person, und zum anderen ist diese - neben anderen Voraussetzungen - nur ersatzverpflichtet, wenn sie ein eigenes Verschulden trifft. Der Grundsatz, daß auch für von Kindern verursachte Schäden nur bei Verschulden gehaftet wird, ist lediglich durch § 829 durchbrochen worden. Er ergänzt insoweit § 832, als auch der schuldunfähige Schädiger unter der Voraussetzung der Billigkeit dem Geschädigten ersatzpflichtig werden kann. Die Bedeutung des § 829 in der Praxis darf trotz seiner dogmatischen Besonderheit nicht überschätzt werden. Nur in seltenen Fällen vermag der Geschädigte über § 829 Ersatz zu erlangen. Im Kern kann daher die Aussage aufrechterhalten bleiben, daß auch im Bereich der durch Minderjährige und andere Schuldunfähige verursachten Schäden der Zurechtsgrund ein Verschulden ist.

Welcher Art ist das Verschulden, das § 832 verlangt? Eine Inanspruchnahme der Eltern ist nur dann möglich, wenn sie ihre Aufsichtspflicht verletzt haben. Dabei statuiert § 832 keine eigene deliktsrechtliche Aufsichtspflicht, sondern verweist dieserhalb auf außerdeliktsrechtliche Regeln, insbesondere auf § 1631. Dieser familienrechtliche Bezugspunkt ist - wie noch darzulegen sein wird - Ursache für ein ganz besonderes Spannungsverhältnis, das

in § 832 hineinragt.

Die Norm ist ein geradezu typischer Fall der "Fahrlässigkeitshaftung"¹, d.h. die Fälle vorsätzlicher Nichtführung der Aufsicht möglicherweise in der Absicht, daß das Kind einen Fremdschaden anrichte, sind als Randerscheinungen vernachlässigenswert und deshalb auch nicht Gegenstand dieser Untersuchung. In aller Regel wird ein unachtsames Unterlassen zum Vorwurf gemacht und damit zum zurechnenden Prinzip.

Wird die fahrlässige Aufsichtspflichtverletzung als Zurechnungsgrund den Anforderungen, die an ein modernes Schadensersatzrecht zu stellen sind, gerecht? Wenn die vorrangige Ordnungsaufgabe des Schadensersatzrechts darin besteht, den Geschädigten zu entschädigen, dann wird das Verschuldensprinzip des Bürgerlichen Gesetzbuches zunehmend in Frage gestellt. Dieses Prinzip verdankt seine gesetzliche Verankerung ja dem Gedanken der Haftungsbeschränkung. Seine geistigen Grundlagen sind von Esser² einprägsam aufgezeichnet worden. Eine schärfere Haftung als die für Verschulden wurde als unzumutbare Fessel für jenen gründerzeitlichen gesellschaftlichen Vorwärtsdrang³ in der "Gedankenwelt des klassischen Liberalismus"⁴ empfunden. Daß ein Großteil des Schadens entsprechend dem Grundsatz des "casum sentit dominus" beim Geschädigten verbleibt, widerspricht jedoch heutzutage grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen. Einige Gründe hierfür seien genannt. Durch die zunehmende Verdichtung unserer Gesellschaft geraten Fahrlässigkeitsschäden in quantitativer Hinsicht in auch deshalb unerträgliche Größenordnungen, weil eine Versicherungsmöglichkeit für den Geschädigten nicht gegeben ist. Durch die Benutzung technischer Energie erfahren Fahrlässigkeitsschäden wie auch unverschuldete Zufallsschäden in quantitativer und qualitativer Hin-

1 Kötzt, AcP 170, 2ff

2 Gefährdungshaftung, S. 50ff

3 Esser, Grundfragen, AcP 148, 121ff

4 Kötzt, AcP 170, 5

sicht einen oft verhängnisvollen Multiplikator. Dies gewinnt beim Kind gesteigerte Bedeutung: es kommt relativ unerfahren mit technischem Gerät in Berührung, mit dessen Gefahren auch Erwachsene oft vergeblich kämpfen. Der Geschädigte steht nicht mehr im Verbund der Großfamilie, die ihn gegen die Wechselfälle des Lebens absicherte und ihm sozialen Schutz gewährte. Auch dies mindert seine Schadentragungsfähigkeit. Die Entwicklung droht auseinanderzuscheren: Schadensdichte und -höhe nehmen zu, die Schadentragungspotenz sinkt.

Ein Großteil der von Kindern angerichteten Schäden verbleibt de lege lata ohnehin mit Willen des historischen Gesetzgebers beim Geschädigten. Eine Überwälzung scheidet ja immer dann aus, wenn der Schaden auf jenem allseits bekannten kindtypischen Hang zu spontan unbedachten und deshalb nicht vorhersehbaren Handlungen beruht. Abgesehen von diesen schadensrechtlichen Überlegungen, die zunehmend den Zurechnungsgrund der fahrlässigen Aufsichtspflichtverletzung in Frage stellen, werfen andere zeitgeschichtliche und auf das Familienrecht ausstrahlende Entwicklungen die Frage auf, ob § 832 nicht dringend der Reform bedarf⁵.

Vielfältige Tendenzen bringen es mit sich, daß die Einwirkungsmöglichkeit der Eltern auf ihr Kind und das heißt auch ihre Möglichkeit schadensverhindernd tätig zu sein, stetig abnimmt. "Elterliche Gewalt und Jugendemanzipation"⁶ ist die Sentenz, mit der diese Entwicklung übergreifend gekennzeichnet wurde. Verantwortlich hierfür ist ein allenthalben zu beobachtender Autoritätsschwund der Eltern einerseits sowie eine frühere Persönlichkeitsentwicklung der Jugend andererseits. Beides erschwert die Aufsichtsführung. Auch hierdurch ist ein zusätzliches Spannungsfeld entstanden, in dem § 832 steht: gleicht man

5. Hippel, E. v.: FamRZ 1968, 574f, "Ein Ruf nach Reform"

6. Jayme, E.: Die Familie im Recht der unerlaubten Handlungen, Frankfurt/Berlin 1971, S 130ff

das Maß der Aufsichtsführung der Entwicklung an, so wird der haftungsfreie Raum zusätzlich erweitert; versucht man am Maßstab althergebrachter Aufsichtspflichten festzuhalten, so nähert sich die Elternhaftung dem Institut der Gefährdungshaftung.

Auch die Herabsetzung des Volljährigkeitsalters von 21 auf 18 Jahre⁷ hat nur teilweise die Problematik des § 832 überwunden. Zwar ist dem Geschädigten in dieser Altersgruppe unmittelbar in der Person des Schädigers ein Ersatzpflichtiger erwachsen, verloren hat er jedoch das haftende Vermögen der Eltern. Da in dieser Altersgruppe das haftende Vermögen in aller Regel gering ist, wird die Realisierung von Schadensersatzansprüchen häufig auf Schwierigkeiten stoßen.

2 Die Elternhaftung, eine Haftung für vermutetes eigenes Verschulden

§ 832 BGB ist konzipiert als ein Haftungstatbestand für vermutetes eigenes Verschulden. Er gehört zum Kreis jener Tatbestände, bei denen der Gesetzgeber mit Eintritt einer objektiven Rechts- oder Rechtsgutverletzung auf die Pflichtverletzung einer bestimmten Person schließt. Diese bestimmte Person ist in § 832 nicht der - schuldunfähige - Schädiger, sondern der Aufsichtspflichtige. Dieser muß sich, will er der Haftung entgehen, entlasten. Dabei begnügt sich § 832 nicht mit der Vermutung der Pflichtverletzung, vielmehr wird auch die Ursächlichkeit dieser Pflichtverletzung in bezug auf den eingetretenen Schaden vermutet; eine mehrfache Vermutung also, die das Gesetz durch Hinweis auf zwei Alternativen der Entlastung zum Ausdruck bringt.

7 § 2 BGB in der Fassung des Gesetzes vom 31.7.1974, BGBl 1974 I, 1713, in Kraft seit dem 1.1.1975

Insoweit als § 832 eine Haftung nur für den Fall des Eigenverschuldens statuiert, bewegt sich die Norm auf dem Boden des deutschen Deliktsrechts. Die außervertragliche Schadenshaftung des BGB ist gekennzeichnet durch das Erfordernis des Verschuldens; nur solche Schäden sind zu ersetzen, die schuldhaft verursacht werden; sie sind zudem nur von demjenigen zu ersetzen, der sie schuldhaft verursacht hat. Es ist zwar der Schaden zu ersetzen, den eine dritte Person, nämlich die Aufsichtsbedürftige, widerrechtlich - aber nicht notwendig schuldhaft - angerichtet hat, dies jedoch nur dann, wenn den Aufsichtspflichtigen ein - eigener - Pflichtenverstoß trifft, ohne den der Schaden nicht eingetreten wäre. Weitere, systemkonforme Voraussetzung ist, daß der Schaden aufgrund der Verwirklichung eines Grund- oder Sondertatbestandes der §§ 823ff durch den Aufsichtsbedürftigen eingetreten sein muß.

In anderer Hinsicht weicht § 832 - wie auch der ähnlich konzipierte § 831 - vom System der außervertraglichen Schadenshaftung ab. Der Pflichtenverstoß und der Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen Pflichtenverstoß und eingetretenem Schaden werden vermutet. Hierdurch ist der Aufsichtspflichtige - wie auch der Geschäftsherr - gezwungen, sich zu entlasten. Diese Rollenverteilung ist dem deutschen Deliktsrecht grundsätzlich fremd. Regelmäßig hat der Geschädigte den vollen Tatbestand der unerlaubten Handlung zu beweisen, er muß den Schädiger belasten, nicht der Schädiger sich entlasten. Anders ist dies im vertraglichen Schadensersatzrecht. Hier hat sich der schädigende Schuldner ähnlich wie der Aufsichtspflichtige und Geschäftsherr zu entlasten (§ 282). Die Unterschiedlichkeit der Regelung hat ihren Grund: die vertragliche Schadensersatzverpflichtung setzt die Verletzung eines bereits bestehenden - vertraglichen oder gesetzlichen - Schuldverhältnisses voraus; bei der außervertraglichen Schadenshaftung wird das - gesetzliche - Schuldverhältnis

durch Verletzung allgemeiner Verhaltensnormen erst begründet. Das, was beim vertraglichen Schuldverhältnis die sekundäre Einstandspflicht ist, ist bei der unerlaubten Handlung die primäre Erfüllungsebene⁸. Oder: der Schuldner muß darlegen, daß er die Leistungsstörung nicht zu vertreten hat, der Geschädigte muß darlegen, daß der Schädiger eine unerlaubte Handlung begangen und zu vertreten hat.

Unabhängig von der Frage der dogmatischen Begründung der Beweislastumkehr interessiert - auch vor dem Hintergrund der Novellierung des Deliktsrechts⁹ - die Frage, ob dieses Institut einerseits dem Interesse des Geschädigten auf Schadensausgleich und andererseits dem der Eltern, möglichst nicht für kaum vorhersehbare schadensstiftende Handlungen ihrer Kinder einstehen zu müssen, gerecht wird. Hat die Praxis eine zuverlässige Grenzlinie zwischen Haftung und Entlastung gezogen?

8 Dies wird auch als zweiteilige Schadensordnung bezeichnet. Der "Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Haftung" ist von Marton, AcP 162, 1ff, unternommen worden, hat aber bislang keine durchschlagende Resonanz gefunden; vgl. auch Esser, Bd II, § 106 I, S. 391

9 Bundesministerium der Justiz: Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensrechtlicher Vorschriften, Teil I: Wortlaut, Teil II: Begründung, abgekürzt: "E 67".

3 Zwei Beispiele aus der Rechtsprechung

Der für die Fragen der Elternhaftung zuständige Sechste Zivilsenat des BGH hatte einen Fall zu entscheiden¹⁰, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag: ein vierjähriger Junge schickte sich an, mit einem Puppenwagen eine breite Ausfallstraße unmittelbar hinter der Endstation einer Straßenbahnlinie zu überqueren. Er verhielt vorschriftsmäßig hinter einer stehenden Straßenbahn auf Höhe der Sichtlinie. Ein den Jungen gewahr werdender Autofahrer riß gleichwohl das Steuer herum und trug einen Sachschaden davon. Die Eltern hatten sich im Prozeß damit zu entlasten versucht, daß sie darlegten, den Jungen mit den besonderen Gefahren der Ausfallstraße vertraut gemacht zu haben. Er habe sich demzufolge auch verkehrsrichtig verhalten, habe insbesondere durch Stehenbleiben hinter der Straßenbahn die Verkehrslage in Augenschein genommen. Unstreitig war, daß der PKW-Fahrer nicht hätte auszuweichen brauchen, da das Kind die eigentliche Fahrbahn nicht betreten hatte. Der BGH hat bei dieser Sachlage die Eltern gleichwohl nach § 832 I 1 haften lassen, weil das Verhalten eines vierjährigen Kindes im Straßenverkehr bereits wegen seiner Unberechenbarkeit verkehrswidrig sein könne. Mit Recht werden die Eltern in einer kurzen Urteilsanmerkung¹¹ zu dieser ansonsten auf wenig Kritik gestoßenen Entscheidung mit "Kinderhalten" verglichen. Es ist offensichtlich, daß diese Entscheidung den Boden der Verschuldenshaftung zu verlassen droht, wenn sie die Eltern allein wegen kindtypischer "Unberechenbarkeit" zur Haftung heranzieht. Das gleiche Verhalten, das einem Erwachsenen als verkehrsgerecht und damit rechtmäßig zugebilligt wird, ist bei dem Minderjährigen verkehrswidrig und damit rechtswidrig. Die Eltern können ihr Kind noch so sorgfältig und verkehrsgerecht erzogen haben, das Kind mag noch so folgsam die Anordnungen der Eltern befolgen, ein objektiv nicht zum Schaden führendes Verhal-

10 BGH, VI. ZS, Urt. v. 10.10.1967-VI ZR 50/66-FamRZ 1968, 28f.

11 Anmerkung der Redaktion der FamRZ, aaO S. 29.

ten des Kindes wird mit dem Unwerturteil der Rechtswidrigkeit belegt, weil man Vierjährigen unbegrenzt Unbesonnenheit unterstellen darf. Aber wie hat der BGH das - tatbestandsmäßig notwendige - Kunststück fertiggebracht, daß ein objektiv verkehrsgerechtes Verhalten in der Person des Kindes - objektiv - rechtswidrig wurde? "Indiziert" kindliche Unbesonnenheit die Rechtswidrigkeit? "Mit Recht erblickt das OLG ein verkehrswidriges Verhalten des Kindes darin, das es den Kraftfahrer zu einer gefahrbringenden Ausweichbewegung veranlaßt hat Zutreffend weist das OLG die Auffassung der Beklagten als fehlsam zurück, ihr Kind, das wegen des herannahenden Kraftwagens rechtzeitig stehengeblieben sei, habe sich lediglich wie ein Erwachsener verhalten, es könne aber nicht das gleiche Verhalten, das bei einem Erwachsenen verkehrsgerecht sei, bei einem Kinde verkehrswidrig sein. Das äußerlich gleiche Verhalten eines Erwachsenen und eines Kleinkindes kann in verkehrsrechtlicher Sicht verschieden beurteilt werden,"

Die zweifache widerlegliche Vermutung des Aufsichtsverschuldens und seiner Kausalität scheint durch eine weitere unwiderlegliche Vermutung verkehrswidrigen und damit rechtswidrigen Kindesverhaltens ergänzt zu werden. Welche Bestrebungen einzelfallgerechter Entscheidung auch immer eingeflossen sein mögen: dogmatisch ist dies Urteil unbefriedigend, weil es die Grenzlinie zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung verwischt. Möglichkeit und Tatsächlichkeit pflichtwidrigen Verhaltens werden einander gleichgestellt¹². Den Eltern wird der Entlastungsbeweis unzumutbar erschwert. Als allein den Anforderungen der Aufsichtsführung genügend fordert die Entscheidung ein allgemeines Verbot des Überschreitens der Straße sowie dessen Überwachung. Ein pädagogisch und sachlich problematisches Postulat: man denke nur daran, daß das Überqueren einer relativ gefährlichen Straße

12 Esser, Bd II, § 110 I 2, S. 432

notwendiger Bestandteil des Schulweges ist.

Während in der zitierten Entscheidung das Institut der Haftung für vermutetes eigenes Verschulden überdehnt und praktisch der objektiven Einstandspflicht gleichgestellt wurde, wird in anderen Entscheidungen ein kaum vertretbarer haftungsfreier Raum sichtbar. Er droht beispielsweise immer dann, wenn sich das aufsichtsbedürftige Kind außerhalb der Einflußsphäre der Eltern befindet. Haben die Eltern ihr Kind für die Dauer ihrer Abwesenheit der Obhut einer dritten Person anvertraut, scheidet eine Haftung vielfach aus. Die Eltern können sich entlasten, weil sie durch Übertragung der Obhut die ihnen zumutbare Sorgfalt haben walten lassen, die dritte Person, unter dessen Obhut das Kind steht, braucht sich nicht zu entlasten, da es an einer rechtsgeschäftlichen Übernahme der Aufsichtsführung (§ 832 II) fehlt. Dem "Feldstecher-Fall"¹³ liegt folgender Sachverhalt zugrunde. Zwei Elternpaare gestatten regelmäßig den wechselseitigen Besuch ihrer Söhne im Alter von 4 bzw. 6 Jahren in einer der elterlichen Wohnungen. Bei einem dieser Besuche ließ der besuchende Sohn einen Feldstecher bzw. dessen Einsatzteil aus einem Fenster der im 2. Stock gelegenen Wohnung fallen, während die Hausgehilfin das andere Kind gerade zur Toilette begleitete. Von dem herabfallenden Feldstecher (-teil) wurde eine Passantin erheblich am Kopf verletzt.

Die Haftungsgrundlage, die der BGH bei dieser Sachlage sah, war § 823 aufgrund der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten. Im Ergebnis bedeutet dies, daß in all jenen, durchaus nicht seltenen Fällen, in denen ein aufsichtsbedürftiges Kind zu Bekannten oder Verwandten in Obhut gegeben wird, die erleichterte Inanspruchnahme Aufsichtsbedürftiger über § 832 ausscheidet, d.h. die Eltern können sich in der Regel dadurch entlasten, daß sie ihre Kinder anderen anvertrauen. Dabei ist dem BGH

13 BGH, Urt. v. 2.7.1968-VI ŽR 135/67, FamRZ 1968, 587ff.

darin zuzustimmen, daß keine Verletzung der Aufsichtspflicht in der - aus mannigfachen Gründen oft unumgänglichen - zeitweiligen Übertragung der Obhut seitens der Eltern auf dritte Personen zu sehen ist. Die Aufsichtsführungspflicht in diesen Fällen gleichwohl schematisch bei den Eltern zu belassen bzw. sogar in der bloßen Übertragung ein Pflichtversäumnis zu sehen, wäre überspannt. Problematischer erscheint indes das, was der BGH zur Frage der vertraglichen Übernahme der Aufsichtsführung (§ 832 II) sagt. Die Voraussetzungen "der weitreichenden Obhut von längerer Dauer und weitgehender Einwirkungsmöglichkeit"¹⁴ sind aus dem Wesen der Aufsichtsführung nicht zwingend ableitbar. Sie scheinen eher auf ein Erziehungsverschulden als auf ein Aufsichtsverschulden abzustellen. In der zitierten Entscheidung erweist sich noch ein weiterer Umstand als fragwürdig: es hängt ja bei zusammen spielenden Kindern sehr oft nur vom Zufall ab, ob das schadenstiftende Ereignis vom eigenen Kind, für das eine Haftung nach § 832 I gegeben ist, oder vom zu Besuch befindlichen Spielkameraden ausgeht.

Im Ergebnis ist festzuhalten: dadurch, daß in dieser Fallgruppe die eigene Aufsichtsführungspflicht der Eltern durch Übertragung der Obhut ersatzlos aufgehoben wird, entsteht eine kaum vertretbare Haftungslücke. Die Anspruchsvoraussetzungen für rechtswidriges Unterlassen (§ 823) zu beweisen, wird dem Geschädigten nur selten gelingen. Bereits eine kurze Gegenüberstellung dieser beiden Entscheidungen zeigt, daß die angedeuteten Spannungsverhältnisse und Widersprüchlichkeiten auch in der Rechtsprechung ihren Niederschlag gefunden haben.

14 BGH in FamRZ 1968, 588

4 § 832 im Schatten von § 831

Den Tatbeständen der §§ 831, 832 ist gemeinsam, daß der Gesetzgeber bei ihnen nach Eintritt einer objektiven Rechts- bzw. Rechtsgutverletzung die schuldhaft e Pflichtverletzung einer dritten Person bis zum Beweis des Gegenteils unterstellt. Die Motive für diese Struktur der Normen seien kurz vorgestellt. Bei § 831 haben eine Reihe von Überlegungen dazu geführt, für und neben dem Gehilfen den ihn beschäftigenden Prinzipal haften zu lassen¹⁵.

Es soll derjenige haften, in dessen wirtschaftlichen Interesse gehandelt wird. Wer durch die Einschaltung fremder Personen seinen Tätigkeitsbereich ausdehnt und dadurch zusätzlichen Nutzen zieht, soll auch für Schäden eintreten, die bei der Ausübung dieser Tätigkeit entstehen. Dies erscheint zumindest aus der Sicht des historischen Gesetzgebers billig. Unbillig wäre es, den Gehilfen allein haften zu lassen, da dieser, wenn er nicht zum Nutzen des Geschäftsherrn tätig gewesen wäre, kaum in die Lage gekommen wäre, die Schadensfolge zu setzen. Der Geschädigte, der zufällig nicht vom - solventen - Meister selbst, sondern von seinem Gesellen geschädigt wurde, soll dadurch nicht schlechter stehen.

Die Überlegungen, die dazu führten, den Prinzipal auch bei nicht schuldhaftem Verhalten des Gehilfen einstehen zu lassen, sind folgende: die Haftung des Geschäftsherrn sollte nicht ausgeschlossen, zumindest aber nicht erschwert werden, wenn er sich eines schlecht ausgebildeten oder im Einzelfall unzulänglich eingewiesenen Gehilfen bediente, dem deshalb die Einsichtsfähigkeit in sein Tun fehlte. Gleiches gilt, wenn er diese Fähigkeit nicht besaß, weil er - mit für ihn unerkennbar - untauglichem Gerät ausgerüstet wurde. Und schließlich sollte die Haftung nicht entfallen oder erschwert werden, wenn er

15 Vgl. v. Caemmerer, Festschrift, S. 49ff, 115ff.

sich eines wegen seiner Minderjährigkeit (§ 828) nicht deliktsfähigen Gehilfen bediente. Bei der Beweislastumkehr ging der Gesetzgeber davon aus, daß es dem betriebsfremden Geschädigten mangels Kenntnis der betrieblichen Interna schwerer falle zu beweisen, daß ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden vorlag, als dem Prinzipal, daß ein solches Verschulden nicht vorliege.

Das Motiv für die Beweislastumkehr liegt bei § 832 auf der gleichen Ebene wie bei § 831¹⁶. Der Verzicht auf das Verschulden des Aufsichtsbedürftigen lag in der Natur der Sache. Das gesetzgeberische Motiv dafür, daß die Eltern überhaupt für von ihren Kindern angerichtete Schäden haften, ist - sosehr wir uns an dieses Haftungsinstitut gewöhnt haben - schwieriger zu ermitteln. All jene Gründe, die dafür sprechen, den Prinzipal für den Gehilfen haften zu lassen, versagen bei der Elternhaftung¹⁷. Der wirtschaftlichen Betrachtungsweise unternehmerischen Nutzens ist die Familie nicht zugänglich. Das Bestreben, dem Geschädigten in den Eltern überhaupt einen solventen Personenkreis zu erhalten, kann zumindest kein ausschlaggebendes Motiv für das Institut der Elternhaftung gewesen sein. Diese ist nämlich offensichtlich von der Vermögenslage des Kindes unabhängig: die Eltern haften primär auch dann, wenn das Kind begütert ist (arg. e § 829). Die rechtssystematisch allein zulässige Rechtfertigung für die Haftung der Eltern aus § 832 kann nur in der familienrechtlichen Beziehung zwischen Eltern und Kind gesehen werden¹⁸. Die Aufsichtspflicht, in § 1631 zum Wohle des Kindes statuiert, wird in § 832 rezipiert und mit einer anderen Schutzfunktion versehen: aus der Aufsichtspflicht des § 1631 wird die "Schadensverhinderungspflicht" des § 832¹⁹. Die Aufsichtsführung ist nur das Instrument zur

16 Mugdan, II. Bd, S. 410f, 1088ff, 1268, 1300f.

17 Jayme, aaO, S. 153f

18 Die Wechselbeziehung zwischen § 832 und § 1631, d.h. zwischen der Schadensverhinderungspflicht und der Aufsichtspflicht, hat Jayme, aaO, S. 150ff, insbes. S. 153f dargestellt.

19 Jayme, aaO, S. 150

Schadensverhinderung. Inhalt und Grenzen der Schadensverhinderungspflicht des § 832 müssen sich an der Befugnis und Verpflichtung der Eltern aus § 1631 orientieren. Die Aufsichtspflicht des § 832 kann nicht weiter sein, als die Befugnisse aus § 1631 reichen²⁰.

Diese familienrechtliche Beziehung unterscheidet § 832 im Kern von § 831 trotz - de lege lata - konzeptioneller Identität. Der familienrechtlichen Rechtsstellung der Eltern in § 832 steht die sich aus dem Dienstvertrag ergebende Direktionsbefugnis des Prinzipals in § 831 gegenüber.

5 Die Reformbedürftigkeit des § 832

Es ist ein Verdienst von Caemmerers, die Wandlungen des Deliktsrechts frühzeitig in umfassender²¹, aber auch spezifisch auf § 831 unter mehrfacher Einbeziehung von § 832 zugeschnittener Weise²² dargestellt zu haben. Seine grundlegende Kritik war, daß die Fassung des § 831 zu weit geraten sei, weil sie auch die Fälle schuldlosen Gehilfenverhaltens erfasse, in denen nichts dafür spricht, daß den Geschäftsherrn ein eigenes Verschulden bei der Verwendung des Gehilfen treffe²³. D.h. er muß sich auch in den Fällen entlasten, in denen, hätte er selbst Verrichtung ausgeführt, eine Haftung mangels Verschuldens gar nicht in Frage kommt.

20 Jayme, aaO, S. 153/154

21 v. Caemmerer, Festschrift, S. 50ff

22 v. Caemmerer, Festschrift, S. 115-136

23 v. Caemmerer, Festschrift, S. 120

Dieser Kritik an dem Verzicht auf das Eigenverschulden des Gehilfen soll - de lege ferenda - Rechnung getragen werden. Der Reformentwurf des Bundesjustizministeriums²⁴ gleicht § 831 insoweit an § 278 an: der Gehilfe muß schuldhaft gehandelt haben. Demgegenüber sieht der Entwurf eine Änderung des § 832 nicht vor. Es ist aber die Frage, ob eine Novellierung des Deliktsrechts an § 832 vorbeigehen kann. Sie drängt sich deshalb auf, weil alle Wandlungen des Eltern-Kind-Verhältnisses insoweit auch § 832 ergreifen, als sie die Aufsichtsführung berühren. Der Begriff der elterlichen Gewalt (§ 1626), aus der sich das Personensorgerecht (§ 1631) ableitet, ist im Wandel begriffen und Gegenstand vordringlicher Reformbestrebungen im familienrechtlichen Bereich²⁵. Danach soll das Institut der elterlichen Gewalt abgelöst werden zugunsten eines mehr die Fürsorge der Eltern gegenüber dem Kinde betonenden Begriffs. Die geplante Gesetzreform ist Ausdruck jener Entwicklung, die unter der antithetischen Begriffspaarung "elterliche Gewalt und Jugendemanzipation"²⁶ vor-gezeichnet wurde. Die rechtliche Beziehung zwischen Eltern und Kind ist demgemäß dadurch gekennzeichnet, daß die Rechtsstellung der Eltern immer mehr abnimmt, hingegen ihre Pflichtenstellung - und damit die Rechtsstellung des Kindes - stetig wächst. Innerhalb des umfassenden Personensorgerechts tritt eine Verlagerung von der Rechtsstellung der Eltern hin zur Rechtsstellung des Kindes ein. Je mehr die "elterliche Gewalt" als Pflicht verstanden wird, die der Entfaltung der Persönlichkeit des Kindes dient, desto mehr bilden sich beim Heranwachsenden Freiheitsräume heraus, in welche die Eltern nicht eindringen dürfen²⁷. Gerade das Zurückdrängen der elterlichen Be-

24 Vgl. Fn 5, der Entwurf ist auch abgedruckt in Karlsruher Forum 1962, 42ff.

25 Vgl. BT-Drucksache 7/2060: Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, Wortlaut S. 4ff, Begründung S. 13ff.

26 Jayme, aaO, S. 141-157

27 S. die "Aktphoto"-Entscheidung des BGH v. 2.7.1974 FamRZ 1974, 595ff, 597.

rechti gung ge ge nüber dem Kind ist aber kein rein fa mi lienrechtliches Problem, sondern hat unmittelbare Aus wir kungen auf § 832. In dem Maße, in dem der Freiheitsraum des Kindes wächst, nimmt das Recht zur Aufsichtsführung ab. Das Recht und die Pflicht zur Aufsichtsführung als Ausschnitt des Personensorgerechts muß inhaltlich die im Interesse der Verhinderung von Fremdschäden in § 832 auf gefangene Verpflichtung zur Aufsichtsführung bestimmen. Keinesfalls darf die Verpflichtung zur Aufsichtsführung in § 832 weiter gefaßt sein als das Elternrecht zur Auf sichts führung in § 1631; andernfalls würde den Eltern eine nicht in ihrer Rechtsmacht stehende Verpflichtung auferlegt. Sie müßten für Schäden einstehen, die sie rechtmäßigerweise gar nicht zu verhindern imstande wären. Eine solche gefährdungshaftungsähnliche Einstandspflicht würde verfassungsrechtliche Probleme aufwerfen²⁸. Aus der inhaltlichen Identität zwischen familienrechtlicher und deliktischer Aufsichtsführungspflicht ergibt sich die folgende schadensrechtliche Ableitung: je größer der von den Eltern nicht beeinflußbare Freiheitsraum des Kin des, desto größer wird auch der haftungsfreie Raum²⁹.

Wandel des Familienrechts bedeutet insofern zugleich Wan del des Deliktsrechts. In dieser Entwicklung, die viel fältige noch näher zu untersuchende Ursachen hat, zeichnet sich ein Teil der Reformbedürftigkeit ab, der auch § 832 innewohnt³⁰. Eine konzeptionelle Identität vom § 831 und § 832 erscheint weder de lege lata noch de lege ferenda gerechtfertigt. Weder ist die Schadenstragungskompetenz der Familie mit der des Betriebsinhabers noch dessen Rechtsstellung mit der im familiären Verbund vergleich bar.

28 Jayme, aaO, S. 153, unter Hinweis auf Art. 6 I GG

29 § 829 ist bewußt nicht in die Erörterung eingezo gen worden, um die Tendenz der Entwicklung nicht zu verwischen, dazu im einzelnen unten S. 94 ff, 107 f.

30 v. Hippel, FamRZ 1968, 575.

6 Fragestellung der Arbeit

Vor dem Hintergrund dieser vielfältigen Entwicklungstendenzen will die Arbeit einen Beitrag dazu leisten, das jetzige Institut der Elternhaftung zu überdenken. Es soll untersucht werden, ob § 832 der Interessenlage, d.h. dem Interesse des Geschädigten einerseits sowie dem des Aufsichtspflichtigen und Kindes andererseits gerecht werden kann. Dabei soll insbesondere die Frage beantwortet werden, ob das Institut der Verschuldenshaftung als Instrument zur Überwälzung von durch Kinder verursachte Schäden den Anforderungen an ein modernes Schadensersatzrecht gerecht wird. Oder verlangen die einleitend angedeuteten Entwicklungslinien nach einer Entindividualisierung der Elternhaftung?

Der folgende Teil der Arbeit ist einer eingehenden dogmatischen und rechtssystematischen Untersuchung des § 832 gewidmet. Eine solche Darstellung fehlt bisher, wohl nicht zuletzt deshalb, weil § 832 immer im Schatten von § 831 ge- bzw. übersehen wurde. Sowohl die bereits in Kraft getretenen als auch die geplanten familienrechtlichen Änderungen werden in die Untersuchung mit einbezogen. In dem Bestreben nach einer möglichst umfassenden Darstellung werden auch Randfragen behandelt, so die Aufsichtspflicht des Vormundes und Pflegers. Auch die Besonderheiten der mit § 832 in Verbindung stehenden deliktischen Anspruchsgrundlagen (§§ 829, 823) und sonstiger Normen (§§ 830, 840) sollen zur Sprache kommen. Anschließend soll eine rechtsvergleichende Untersuchung einmünden in Vorschläge de lege ferenda, die zum Ziele haben, die aufgedeckten Mängel des Instituts der Elternhaftung zu überwinden.

II DIE TATBESTANDSPROBLEME DES § 832

1 Der zweischichtige Tatbestandsaufbau des § 832 I

Der Tatbestandsaufbau des § 832 I ist zweischichtig. Es sind jeweils zwei Verhaltensweisen bzw. juristische Handlungen zu prüfen. Die eine besteht in der tatnahen, unmittelbar zum Schaden führenden Handlung des Aufsichtsbedürftigen. Die andere, das ist jenes hinter dieser Handlung des Aufsichtsbedürftigen stehende Unterlassen des Aufsichtspflichtigen. Unterlassen haben muß der Aufsichtspflichtige die gebotene Maßnahme der Aufsichtsführung.

Beide - Kindeshandlung und Elternunterlassen³¹ - sind miteinander verknüpft. Das Unterlassen muß die Handlung ermöglichen haben. Weil unterlassen wurde, kam es zu der schädigenden Kindeshandlung. Dabei ist denkbar, daß auch die Kindeshandlung in einem Unterlassen besteht³². Aber auch bei Vorliegen des Regelfalles, daß nämlich die Kindeshandlung in einem positiven Tun besteht, handelt es sich bei § 832 um ein Unterlassungsdelikt, im Typ ähnlich der Deliktsgruppe, die die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten³³ zum Gegenstand hat: die Vorwerfbarkeit knüpft an das Unterlassen gehöriger Aufsichtsführung an, die Eltern verwirklichen das Delikt, nicht der schuldunfähige "Täter".

31 § 832 I erfaßt verschiedene Fälle der Aufsichtspflicht, nicht nur diejenige der Eltern.

32 Wenn das Kind z.B. verabsäumt, ein von ihm errichtetes Hindernis - das Fahrrad, mit dem es gestürzt war - zu beseitigen.

33 Zur Verkehrssicherungspflicht: Deutsch, Die Entwicklungstendenzen des Schadensrechts in Rechtsprechung und Wissenschaft, JuS 1967, 152ff, 157 mwN.

1.1 Die Bedeutung des Unterlassens und seine Ausfüllungsbedürftigkeit für das Maß der Aufsichtspflicht

Das Unterlassen ist ontologisch ein Nichts³⁴. Tauglicher Anknüpfungspunkt für eine Haftung kann ein Unterlassen nur unter zwei Voraussetzungen sein: der Unterlassende muß einmal die Möglichkeit und zum anderen die Rechtspflicht zum Handeln, d.h. zur Erfolgsabwendung gehabt haben. Die Rechtspflicht zur Aufsichtsführung erwächst den Eltern "kraft Gesetzes" aus dem Familienrecht (§ 1629). Die Frage, wann ein Untätigbleiben der Eltern ein tatbestandsmäßiges Unterlassen im Sinne von § 832 I ist, ist schwierig zu beantworten. Weder können die Eltern ihr Kind so beaufsichtigen, daß ein Schaden mit Sicherheit vermieden wird, noch gibt es eine Norm, die das Verbot jeglicher Schadenszufügung ausspricht³⁵. Da demzufolge auch nirgends das Gebot totaler Kindesüberwachung aufgestellt ist, kann sich die Frage, wann aus einem zulässigen Nichttätigwerden ein unzulässiges Unterlassen wird, nur aus dem Rechtswidrigkeitsmaßstab des § 276 I 2 beantworten³⁶. In diesem Sinne "indiziert" die Rechtswidrigkeit die Tatbestandsmäßigkeit. Ein Unterlassen ist in dem Bereich tatbestandsmäßig, in dem es mit dem Urteil der Pflichtwidrigkeit belegt werden kann. Wann ist eine Aufsichtsführung gehörig, wann ist sie dies nicht?

34 Zum juristischen Handlungsbegriff:

Deutsch, Grundmechanismen der Haftung nach deutschem Recht, JZ 1968, 721ff; Deutsch, Haftungsrecht, Bd I, Allgemeine Lehren, 1976, S. 131ff; Husserl, Person, Sache, Verhalten, 1969, S. 189ff; Husserl, Recht und Wille, 1964, S. 115ff.

Kritisch und gegen einen juristischen Handlungsbegriff: Ernst Wolf, AcP 170, 181ff, 202.

35 Vgl. v. Caemmerer, Festschrift, S. 129.

36 Dabei spielt der dogmatische Streit, ob man bei einem unechten Unterlassungsdelikt die Rechtspflicht zum Handeln - hier: die Aufsichtsführungspflicht - dem objektiven Tatbestand oder der Rechtswidrigkeit zuordnet, im Ergebnis keine Rolle: ein Unterlassen ist nur bei Verstoß gegen die Rechtspflicht "tatbestandsmäßig", ein Verstoß gegen die Rechtspflicht liegt wiederum nur vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 I 2) außer Acht gelassen wurde.

Der den Eltern abverlangte Sorgfaltsstandard wird in ständiger Rechtsprechung³⁷ ausgehend von der in § 276 I 2 niedergelegten Anforderung wie folgt konkretisiert: es ist das zu tun, was verständige Eltern nach vernünftigen Anforderungen im konkreten Einzelfall tun müßten, um eine Schädigung Dritter zu verhindern³⁸. Das, was von den Eltern nach vernünftigen Anforderungen zu tun ist, wird bestimmt von der Eigenart des Kindes, den wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnissen der Eltern sowie sonstigen äußeren Umständen³⁹.

1.1.1 Unter der Eigenart des Kindes versteht die Rechtsprechung insbesondere den altersbedingten Entwicklungsstand⁴⁰, seine charakterlichen Eigenschaften⁴¹ sowie seinen Erziehungs- und Bildungsstand⁴². Diese Merkmale sind oft nicht scharf voneinander zu trennen; mehrfache Interdependenzen sind möglich. So besteht zwischen dem altersbedingten Entwicklungsstand und den charakterlichen Eigenschaften eine enge Verknüpfung. Zwar sind Aufsichtsführung und Erziehung voneinander zu trennen⁴³,

37 BGH, NJW 1969, 2138

- , FamRZ 1968, 455

- , VersR 1965, 606

- , FamRZ 1966, 228

- , FamRZ 1964, 84

- , FamRZ 1962, 424

- , VersR 1960, 355

- , VersR 1957, 370

RGZ, 50, 70

38 Vgl. auch die ausführliche Zusammenstellung bei Boscher, VersR 1964, 888ff und Ohm, VersR 1959, 780ff.

39 S. BGH VersR 1957, 770, VersR 1960, 355

40 Vgl. die nach Altersgruppen aufgeteilte Rechtsprechungsübersicht bei Boscher, VersR 1964, 888ff, 890-892.

41 BGH, VersR 1957, 131

- , VersR 1965, 48

42 RGZ, 98, 246ff, 248

43 S. § 1631; die auf RG Recht 1911, Nr. 1554 u. 3320 = Gruchot 55, 997 zurückgehende Ansicht, nach der die Erziehungspflicht im Interesse des Kindes, die Aufsichtspflicht hingegen im Interesse Dritter statuiert sei, kann nicht richtig sein: auch die Aufsichtspflicht dient dem Interesse des Kindes.

zwischen beiden besteht aber wiederum ein Abhängigkeitsverhältnis: je besser das Kind erzogen ist, desto geringerer Aufsichtsführung bedarf es⁴⁴. Ausschlaggebend für die Beurteilung der Aufsichtsführung ist nicht die Einzelseigenschaft, sondern das Gesamtbild der Persönlichkeit⁴⁵.

1.1.2 Unter den Verhältnissen der Eltern werden sowohl die persönlich familiären als auch die wirtschaftlichen Gegebenheiten verstanden. Unter die persönlich familiären Verhältnisse fallen zunächst die Familienstruktur, d.h. einmal die Größe der Familie, also insbesondere die Zahl der Kinder, zum anderen aber auch die charakterlichen, insbesondere pädagogischen Fähigkeiten der Elternteile. Ohne die Vielzahl einzelner Faktoren, die für den persönlich familiären Bereich bestimmend sind, aufzuschlüsseln zu wollen, muß unter Hinweis auf eine Entscheidung des BGH⁴⁶ hervorgehoben werden, daß offensichtlich dasselbe kindliche Fehlverhalten zu unterschiedlichen Haftungsfolgen führt, je nachdem ob das schädigende Kind Einzelkind oder eines von vier weiteren Kindern ist. Diese Rechtsprechung des BGH hat sicherlich einen konsequenzen und dem Gedanken der Verschuldenshaftung Rechnung tragenden Ansatzpunkt. Sie geht davon aus, daß die Aufsichtsführungspotenz, d.h. die Fähigkeit, Kinder erfolgreich zu leiten, begrenzt ist. Dieser Ansatzpunkt ist im System der Verschuldenshaftung nicht zu beanstanden. Jedoch dürfen auch die Nachteile nicht übersehen werden. Wenn der BGH nämlich ausführt, die Eltern seien bereits deshalb entlastet, weil sie über ihre fünf Kinder eine dauernde Aufsicht nicht hätten ausüben können, so heißt dies aus der Sicht des Geschädigten, daß ein Schadenersatzanspruch im Ergebnis bereits deshalb ausscheidet, weil die Zahl der Kinder ein ausreichendes Maß an Auf-

44 RGZ, 98, 248ff

45 S.a. Boscher, VersR 1964, 888, 889; Ohm VersR 1959, 781

46 BGH, FamRZ 1965, 132

sichtsführung nicht gewährleistet: ein vom Standpunkt der Verschuldenshaftung konsequenter, unter dem Gesichtspunkt der Risikoverteilung und Schadenstragung jedoch nicht befriedigendes Ergebnis. Unabhängig von der Finanzkraft der Eltern kann ein Schaden u. U. nicht übergewälzt werden. Es sind kinderreiche Familien denkbar, bei denen sich die Eltern aufgrund ihres Kinderreichtums der Haftung ganz entziehen können, d.h. bei denen von vornherein feststeht, daß die Kinder die abenteuerlichsten Schäden verursachen können, ohne daß die Eltern haftbar zu machen sind.

Einen zusätzlich fragwürdigen Impuls erfährt diese Argumentation dann, wenn im Rahmen der wirtschaftlichen Verhältnisse der Familie die Tatsache, daß die Mutter berufstätig ist, in entlastender Weise herangezogen wird⁴⁷. Kann bei der Erleichterung der Entlastung aufgrund der Vielzahl der Kinder neben der beschränkten Möglichkeit zur Aufsichtsführung noch unterstützend darauf abgestellt werden, daß ausreichender Nachwuchs auch im Interesse der Gemeinschaft liegt, d.h. auch fremdnützig ist, zudem die Steuerung der Kinderzahl nur bedingt voluntativen Einflüssen zugänglich ist, so steht bei der Berufstätigkeit der Mutter aufsichtsbedürftiger Kinder der eigennützige wirtschaftliche Vorteil im Vordergrund. Ist dieser wirtschaftliche Vorteil wegen der Größe der Familie existenznotwendig, dann liegt darin bei Berufstätigkeit beider Elternteile eine auf Kinderreichtum beruhende, von der Rechtsprechung gebilligte Reduzierung der Aufsichtsführungspflicht, die dem Geschädigten nicht nur die Realisierung, sondern bereits die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches unzumutbar erschwert. Obwohl es nahegelegen hätte, erörtert der BGH nicht einmal die Frage, ob bei dieser Sachlage der freiwillige Abschluß einer Haftpflichtversicherung geboten wäre.

47 BGH, FamRZ 1966, 288 = VersR 1966, 368

1.1.3 Der Bereich dessen, was die Rechtsprechung unter sonstigen Umständen versteht, ist vielfältig und läßt sich nur negativ abgrenzen: es sind all jene Umstände, die nicht in der Person des Kindes oder der Aufsichtspflichtigen begründet sind. Hierzu zählen sowohl die gefährliche Lage der elterlichen Wohnung, als auch die Tatsache, daß ein Garten zum Spielen nicht vorhanden war, sowie z.B. der Umstand, daß vergeblich versucht wurde, das Kind in einem Kindergarten unterzubringen⁴⁸. Aber auch die Art der Umzäunung eines zum Spielen zur Verfügung stehenden, an der Straße gelegenen Gartens vermag eine Rolle zu spielen. Dabei kann der äußere Umstand sowohl in entlastender Weise herangezogen werden, wenn er nämlich von den Aufsichtspflichtigen nicht beeinflußbar war (gefährliche Straße), als auch belastend, wenn er nämlich wenigstens mittelbar Ansatzpunkt für eine Pflichtverletzung ist, d.h. wenn dem Aufsichtspflichtigen gerade vorgeworfen werden kann, daß er diesen äußeren Umstand, der von ihm beeinflußbar war, nicht abgestellt hat (Lücke im Zaun des Gartens).

1.2 Die Identität der familienrechtlichen mit der schadensrechtlichen Aufsichtspflicht

Bei dem Abstecken des Maßes der "im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" zur Aufsichtsführung darf der familienrechtliche Ansatzpunkt dieser Pflicht nicht aus den Augen verloren werden. Er kommt in der Rechtsprechung⁴⁹ nicht immer mit der wünschenswerten Klarheit zum Ausdruck. Inhalt und Grenzen der Aufsichtspflicht sind unter Betonung ihres familienrechtlichen Bezuges zu bestimmen.

⁴⁸ Alle Beispiele aus BGH, FamRZ 1957, 206.

⁴⁹ So stellt der BGH in einer Entscheidung v. 3.12.1957, VersR 1958, 85f, fest, daß die Aufsichtspflicht nicht dem Kindesinteresse diene.

Daß § 832 keine eigenständige, ausschließlich der Schadensüberwälzung bzw. -verhütung dienende Aufsichtspflicht statuiert, ergibt sich zunächst aus dem bezugnehmenden Verweis: "Wer kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über eine Person verpflichtet ist" Hierbei handelt es sich um einen sog. verweisenden Rechtssatz⁵⁰. All jene Personen, denen durch Gesetz eine Aufsichtspflicht über eine andere Person zugewiesen wird, werden mit der schadensrechtlichen Verantwortlichkeit des § 832 belegt. Jede gesetzliche Aufsichtspflicht hat über § 832 einen schadensrechtlichen Annex⁵¹. Daß die in Bezug genommene Aufsichtspflicht schadensrechtlich nicht modifiziert wird, zeigt auch die Formulierung des Gesetzes, mit der der Aufsichtspflichtige aus der schadensrechtlichen Verantwortung entlassen wird: "Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn er seiner Aufsichtspflicht genügt" Das Gesetz spricht von "seiner Aufsichtspflicht". Es wird also nicht nur auf die anderweitig geregelte Aufsichtspflicht Bezug genommen, sondern auch festgestellt, daß diese ("seine") ausreichend ist. Hätte die familienrechtliche Aufsichtspflicht eine schadensrechtliche Modifikation erfahren sollen, hätte dies im Gesetz zum Ausdruck kommen müssen. Durch die Formulierung wird vielmehr inhaltliche Identität bekundet: die nämliche Aufsichtspflicht, auf die Bezug genommen wird, wird auch als ausreichend angesehen. Wenn später⁵² von "gehöriger Aufsichtsführung" bei der Verneinung der Kausalität die Rede ist, so ist hiermit offensichtlich keine Inhaltsänderung gemeint. Die Begriffe "genügende Aufsichtspflicht" und "gehörige Aufsichtsführung" sind inhaltsgleich. Nur das Bestreben nach sprachlicher Abwechslung kann für den Begriffswechsel ausschlaggebend gewesen sein.

50 Ausführlich: Larenz, Methodenlehre, S. 243ff.

51 Die Einzelgesetze sind im wesentlichen: §§ 1631 I, 1671 I, 1707 I, 1705.

52 § 832 I, S. 2 am Schluß.

Neben diesen sich am Wortsinn und der Gesetzessystematik orientierenden Argumenten zwingt aber auch eine inhaltlich wertende Betrachtung⁵³ zur Annahme der Identität zwischen familienrechtlicher und schadensrechtlicher Aufsichtspflicht. Die Aufsichtspflicht des § 832 kann nicht weiter sein, als die des § 1631, weil allein aus dieser Norm die Eltern ihr Aufsichtsrecht gegenüber dem Kinde ableiten. Andere Rechtsquellen sind nicht vorhanden. Das Recht und die Pflicht der Aufsichtsführung sind als Ausschnitt aus dem Personensorgerecht eingebettet in das Rechtsgebilde der elterlichen Gewalt. Nur aus dem Personensorgerecht ist das Aufsichtsrecht ableitbar. Daß es kein vorgegebenes Herrschaftsrecht der Eltern über das Kind im Sinne eines privatrechtlichen "besonderen Gewaltverhältnisses" gebe, hat bereits Gernhuber⁵⁴ in einer grundlegenden Studie über die elterliche Gewalt überzeugend klargestellt⁵⁵. Im übrigen würde eine Bezugnahme auf ein derartiges Beherrschungsrecht auch daran scheitern, daß dieses Recht nicht "kraft Gesetzes" zugewiesen ist⁵⁶, denn nur auf die gesetzliche Aufsichtspflicht ist verwiesen. Wenn § 832 eine weitergehende Aufsichtspflicht verlangte, als die aus § 1631 resultierende Rechtsmacht reicht, würde von dem Aufsichtspflichtigen etwas rechtlich Unmögliches bzw. gesetzlich nicht Sanktioniertes gefordert⁵⁷. Ein derartiges Postulat ver-

53 Zu den verschiedenen Auslegungskriterien vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 298ff, insbes. S. 307ff.

54 FamRZ 1962, 89ff.

55 Familienrechte werden als dingliche Rechte bezeichnet bzw. in deren Nähe gerückt. Davon geht wie selbstverständlich Nawiascky, Hans, in: Forderungs- und Gewaltverhältnis, Festschrift für Zitelmann, 1913, zu II, S. 1-13, aus. MWN für diese Auffassung insbes. Fn 13-15. RGZ 122, 24ff, 26, Urt. v. 17.9.1928, bezeichnet eine Klage auf Kindesherausgabe, als auf "den tatsächlichen Besitz des Kindes" gerichtet. Enneccerus-Nipperdey, 15. A., 1959, § 73 I 1 in Verb. mit Fn 3 S. 440 zählt z.B. das Familienrecht des § 1632 zu den Beherrschungsrechten über eine Person.

56 Vgl. BGHZ 13, 25.

57 Jayme, aaO, S. 152-154.

stieße offenkundig gegen Art. 6 I GG. "Erst die Verletzung der familienrechtlichen Aufsichtspflicht, wenn sie zur Schädigung eines Dritten führt, rechtfertigt die Haftung der Eltern aus § 832 BGB"⁵⁸.

Die Verkenntung des Bezuges zwischen familienrechtlicher Aufsichtspflicht und der Schadensverhinderungspflicht hat auch die Auffassung entstehen lassen, die schadensrechtliche Aufsichtspflicht sei ein Minus gegenüber der familienrechtlichen⁵⁹. Für diese Meinung spricht der Gesetzeswortlaut jedenfalls nicht. Der Gesetzgeber hat die Haftung z.B. nicht auf - neben dem seltenen Fall des Vorsatzes - grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Sämtliche sprachlichen Merkmale sprechen dafür, daß eine inhaltliche Identität zwischen familienrechtlicher und schadensrechtlicher Aufsichtspflicht anzunehmen ist. Es würde zudem auch dem schadensrechtlichen Normzweck des § 832 widersprechen, der ja dem Schutze des Geschädigten, d.h. der Schadensüberwälzung dient. Die familienrechtliche Aufsichtspflicht ist schadensrechtlich "aktiviert", d.h. zur Schadensverhinderungspflicht geworden. Ein Bestreben, dem Geschädigten nur bei bestimmten schwerwiegenden Verstößen gegen die familienrechtliche Aufsichtspflicht einen Ersatzanspruch zu gewähren, ist weder im Gesetz zum Ausdruck gekommen noch dem Normzweck entsprechend. Es besteht keine innere Rechtfertigung dafür, einen Teil schuldhafter Verletzung familienrechtlicher Pflichten, wenn sie zur Schädigung Dritter geführt haben, von der Haftung auszunehmen. Das Interesse des Geschädigten wäre nicht ausreichend berücksichtigt. Folglich kann weder im Wege der einengenden Auslegung⁶⁰ noch durch teleologische

58 Jayme, aaO, S. 154

59 Das RG hat in einem Urt. v. 15.12.1913, Warn.Rspr.1914, Nr. 217, S. 307ff, 310 oben, ausgeführt: "Eine so hochgespannte Aufsichtspflicht ... mag allenfalls nach § 1631 zu rechtfertigen sein Dagegen braucht sich die väterliche Aufsicht nach § 832 BGB nur nach den äußeren Verhältnissen zu richten"

60 Larenz, Methodenlehre, S. 307ff, insbes. 341ff

Reduktion⁶¹ bzw. Restriktion⁶² das Normverständnis dahingehen, daß Teilbereiche leichter familienrechtlicher Aufsichtspflichtverletzungen von der Haftung nach § 832 befreit wären. Alle familienrechtlichen Aufsichtspflichtverletzungen, die einen Drittschaden verursacht haben, führen - unter den übrigen Voraussetzungen - zur Haftung des Aufsichtspflichtigen.

1.3 Der Versuch einer inhaltlichen Präzisierung der Aufsichtspflicht

1.3.1 Der Ausgangspunkt der Rechtsprechung wurde bereits dargestellt (S. 36). Der BGH⁶³ hat in Anlehnung an das RG⁶⁴ in ständiger Rechtsprechung gefordert, es sei das zu tun, was verständige Eltern nach vernünftigen Anforderungen im konkreten Einzelfall tun müßten, um eine Schädigung Dritter zu verhindern⁶⁵. In dieser Finalität ("..., um eine Schädigung Dritter zu verhindern")⁶⁶ kommt die vermeintliche Abstraktion der schadensrechtlichen von der familienrechtlichen Aufsichtspflicht zum Ausdruck. Wenn man sich vom familienrechtlichen Ausgangspunkt befreit hat, konnte man zu fragwürdigen Ergebnissen kommen⁶⁵.

61 Larenz, Methodenlehre, S. 377ff

62 Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil, 15. A., § 59

63 Vgl. oben Fn 32-37

64 Urt. v. 15.3.1920, RGZ 98, 246ff, 248

65 Zuletzt: BGH, Urt. v. 5.12.1967, VersR 1968, 301f

66 Vgl. BGH, Urt. v. 3.12.1957, VersR 1958, 85f, 86:

"Bei der Prüfung der Frage kommt es nicht darauf an, ob der Beklagte die vom Beruf.gericht für erforderlich gehaltenen Maßnahmen im Interesse und zum Schutz seines Kindes hätte ergreifen müssen, denn die Aufsichtspflicht, die § 832 ihm auferlegt, dient nicht dem Interesse des Kindes (vgl. RG Warn Respr 1914, 307, Nr. 217). Sie besteht vielmehr nach außen zum Schutze anderer Personen ...".

67 Vgl. Fn 6, BGH FamRZ 1968, 28f.

Entsprechend ungenau und widersprüchlich sind die Anforderungen, die Rechtsprechung und Schrifttum an die Aufsichtspflicht stellen⁶⁸. Auch taucht der negierte familienrechtliche Bezug gelegentlich auf⁶⁹.

Das Spannungsverhältnis zwischen familienrechtlicher Aufsichtspflicht (§ 1631) und Schadensverhinderungspflicht (§ 832) klingt bereits bei Ohm⁷⁰ an. Die "widersprüchlichen Axiome" - zwischen der auf Ausweitung der jugendlichen Persönlichkeit gerichteten Erziehung und der Aufsichtsführung⁷¹ -, die Ohm in Einklang zu bringen versucht, gehen noch von einem Dualismus zwischen (schadensrechtlicher) Aufsichtsführung und (familienrechtlicher) Erziehung aus. Eine solche Gegensätzlichkeit zwischen Schadens- und Familienrecht bestand jedoch in Wirklichkeit nie. Immer - heute wie früher - war das Schadens- und Familienrecht insoweit kongruent⁷². Die von der Rechtsprechung⁷³ aufgestellte Behauptung, die schadensrechtliche Aufsichtsführungspflicht sei eine andere als die familienrechtliche, ist nirgends begründet wor-

68 Vgl. folgende nur beispielhaft ausgewählten

Fundstellen:

Für strenge Anforderungen an die Aufsichtspflicht:
BGH, VersR 1955, 421; 1962, 1088; Staudinger-Donau,
§ 1631, Rdnr 22.

Für weniger strenge Anforderungen:

Erman-Drees, § 832, Anm. 4a.

69 Vgl. BGH, Urt. v. 19. 3.1957, VersR 1957, 340

" , Urt. v. 19.11.1963, VersR 1964, 313

" , Urt. v. 19.12.1956, VersR 1957, 370

LG Berlin VersR 1954, 439

LG Nürnberg VersR 1954, 533

LG Passau VersR 1956, 428

Deutlich auch Ohm, VersR 1959, 780ff und Boscher,
VersR 1964, 889.

70 VersR 1959, 781

71 BGH, VersR 1957, 370

72 Jayme, aaO, S. 150ff

73 RG Warn Respr. 1914, Nr. 217, 307ff, 310

den⁷⁴. Sie hat sich gleichwohl wie eine gesicherte Erkenntnis zäh über die Jahrzehnte gehalten⁷⁵. Richtig ist hingegen, daß zwischen Aufsichtsführung und Erziehung bzw. zwischen "elterlicher Gewalt" und Erziehung ein derartiges Spannungsverhältnis bestand und auch noch besteht. Es ist ein Spannungsverhältnis, was innerhalb des Familienrechts und nicht zwischen Familienrecht und Schadensrecht besteht. Es ist gekennzeichnet von einer zunehmenden Liberalisierung⁷⁶ der familiären Beziehungen, die zunächst zu einem Überdenken⁷⁷ und nunmehr zur Aufgabe⁷⁸ des Rechtsinstituts der elterlichen Gewalt⁷⁹ führte.

74 Das Auseinanderfallen von schadensrechtlicher und familienrechtlicher Aufsichtspflicht wird im übrigen auch vom Willen des historischen Gesetzgebers nicht gedeckt. Mugdan, II. Bd, S. 1088ff, 1089 zu § 710 des Entwurfs, auf den § 832 zurückgeht: "Der Entwurf geht darin zu weit, daß er in Ansehung der Frage, inwieweit der vom Gesetzgeber zur Aufsichtsführung Verpflichtete für die von dem Beaufsichtigten einem Dritten zugefügten Schäden die Verantwortung trage, nicht unterscheidet, ob die Aufsichtspflicht bestimmt sei, Beschädigungen solcher Art vorzubeugen, oder ob sie anderen Zwecken diene Die Minderjährigen und die ihnen wegen geistiger und körperlicher Mängel gleichgestellten Personen seien wegen ihrer Beschaffenheit, die in ihrem eigenen Interesse die Aufsicht über sie notwendig mache, gefährlich und die Aufsichtsführung müsse sich deshalb auch darauf erstrecken, den Gefahren vorzubeugen, welche von Seiten der zu Beaufsichtigenden Andere, die sich nicht um sie zu kümmern hätten, bedrohten." (Unterstreichungen vom Verf.) Auch hiernach steht also das Kindesinteresse im Vordergrund.

75 Vgl. Staudinger-Schäfer, 10./11.A., 1975, § 832 Rdnr 3, Staudinger-Donau, 10./11.A., 1966, § 1631 Rdnr 18, Soergel-Siebert-Zeuner, 10.A., 1969, § 832 Rdnr 1

76 Koebel NJW 1960, 2227; Immenga FamRZ 1969, 313; Gernhuber FamRZ 1965, 227; Kuhn: Grundrechte und Minderjährigkeit, 1966 und hierzu die Bespr. v. Göppinger FamRZ 1967, 702.

77 Gernhuber FamRZ 1962, 89ff; Jayme, aaO, S. 135ff mwN

78 Vgl. BT-Drucksache 7/2060.

79 Hierzu ausführlich: Dölle, Familienrecht, Bd II, 1965, S. 147ff; Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, 1971, S. 527ff; Beitzke, Familienrecht, 18.A., 1976, §§ 26-28; Gernhuber FamRZ 1962, 89ff; Krüger, FamRZ 1956, 329ff, 333; Reuter: Kindergrundrechte und elterliche Gewalt, 1968; Gernhuber: Kindergrundrechte und elterliche Gewalt; Schwerdtner: Kinderwohl und Elternwille, FamRZ 1973, 229; Ramm: Zur geplanten Sorgerechtsneuregelung, JZ 1973, 179.

Da der familienrechtliche Bezug in Rechtsprechung und Schrifttum größtenteils verwischt wurde, fanden familienrechtliche Wandlungen nur schwer Eingang ins Schadensrecht. Jayme⁸⁰ hat bereits darauf hingewiesen, daß die Standardisierung der Rechtsprechung unter Ausklammerung der familienrechtlichen Funktion der Aufsichtsführung zu einer beliebigen Ausgestaltung der Anforderung an die Eltern geführt hat. Die Vermutung liegt nahe, daß sich eine bereits längst überholte, dem früheren Beherrschungs- bzw. Herrschaftsverhältnis zwischen Eltern und Kind entspringende Auffassung von der Funktion der Aufsichtsführung verselbständigte und als isolierte schadensrechtliche Aufsichtsführungspflicht in der höchstrichterlichen Rechtsprechung weiterlebte.

1.3.2 Die Aufsichtsführung steht in einem Funktionszusammenhang mit anderen Rechtsinstituten des Familienrechts. So ist die Aufsichtsführung als Teil des Personensorgerechts⁸¹ der Bedeutung und Funktion dieses Rechts unterworfen. Das Personensorgerecht wiederum ist Teil der umfassenden "elterlichen Gewalt", die wiederum als elterliches Sorgerecht im Grundgesetz angebunden ist (Art. 6 II GG)⁸². Aus dieser mehrfachen Interdependenz zwischen Teilrecht und übergeordnetem Vollrecht ergibt sich, daß sich die Funktion des Aufsichtsführungsrechts nicht in Widerspruch setzen darf mit der Funktion des - übergeordneten - Personensorgerechts⁸³. Wenn aber ober-

80 AaO, S. 151/152 u. Fn 96-98, S. 152

81 Vgl. Fn 74

82 Kroll, Ingrid: Personensorge und Freiheitsentzug, Diss., Bonn 1967, S. 99ff

83 Die mehrfache Verschachtelung wird im Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge besonders deutlich: § 1626 I enthält drei Legaldefinitionen, § 1631 eine nicht abschließende ("insbesondere") Aufzählung der Aufgaben.

stes Gebot der Personensorge die "Pflege und Erziehung"⁸⁴ des Kindes sind, dann hat sich die Aufsichtsführung an den erzieherischen Leitbildern⁸⁵ zu orientieren. Wenn dieses Leitbild die Heranbildung eines eigenverantwortlichen und möglichst selbständigen jungen Menschen ist, dann darf die Aufsichtsführung eine derartige Erziehung nicht blockieren, sie muß sie vielmehr fördern. Die Jugendemanzipation⁸⁶ hat zu einer Verlagerung der Akzente geführt: weg von dem Herrschaftsrecht der Eltern hin zu ihrer Pflichtenstellung⁸⁷. Das Kindesinteresse rückt in den Vordergrund. Die Eltern "herrschen" nicht mehr, sie "dienen"⁸⁸. Die "elterliche Gewalt" besteht als absolutes Recht⁸⁹ nicht um seiner selbst willen, sondern ist funktional eingebettet in die "Pflege und Erziehung" des Kindes⁹⁰. Insofern hat das elterliche Sorgerecht eine neue Teleologie, einen Funktionswandel erfahren. Juristisch ist dieser Umschichtungsvorgang mit verschiedenen dogmatischen Ansatzpunkten zu erfassen versucht worden.

84 Art. 6 II GG, § 1631 des Entwurfs; insbes. zu Nr. 6 der Begründung des Entwurfs, BT-Drucksache 7/2060, S. 21

85 S. hierzu: Philosophisches Wörterbuch, Stichwort "Erziehung", (Schmidt-Streller); Staatslexikon, Bd. 3, 1959, Stichwort "Erziehung" (Keilhacker u. Klein); Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 8, 1964, Stichwort "Pädagogik" (Mollenhauer); Erman-Ronke, § 1631, S. 956.

86 Jayme, aaO, S. 130ff, 141ff; Gernhuber FamRZ 1962, 89

87 Diese Entwicklung ist literarisch kontrovers begleitet worden. Aus der unüberschaubaren Vielfalt des Schrifttums einige Exponenten: Krüger, FamRZ 1956, 329; Gernhuber, FamRZ 1962, 89; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 III GG Rdnr 20ff; Reuter: Kindergrundrechte und elterliche Gewalt, 1968; ders. FamRZ 1969, 622.

88 Jayme, aaO, S. 131f u. Fn 5 S. 131

89 Vgl. Fabricius, AcP 160, 301; RGZ 141, 319f

90 S. hierzu die Einleitung zur Begründung des Entwurfs, BT-Drucksache 7/2060, S. 13ff.

Ausgehend von der Lehre der Grundrechtsmündigkeit⁹¹ ist er als Ausdruck kollidierender Grundrechte⁹² der Eltern und der Kinder gesehen worden. Eltern- und Kindesgrundrechte stehen einander gegenüber. Dies setzt die unmittelbare Wirkung der Grundrechte im Privatrecht voraus, wonach sie nicht nur Abwehrrechte gegenüber dem Staat, sondern zugleich Kampfrechte auf der privaten Ebene sind⁹³.

Eine andere Auffassung⁹⁴ hat das Problem systematisch in das subjektive Grundrecht selbst verlagert. Danach ist zwischen Inhaberschaft und Ausübungsbefugnis zu unterscheiden. Inhaber der Grundrechte ist das Kind, die Ausübungsbefugnis steht jedoch von Geburt an den Eltern zu, um im Laufe zunehmender Selbstverantwortung und Kindesreife nach und nach auf das Kind überzugehen bis zur endgültigen Kongruenz im Zeitpunkt der Volljährigkeit.

Eine dritte Meinung⁹⁵ schließlich sieht eine Wechselwirkung zwischen Grundrechten einerseits und zivilrechtlichen Gestaltungsprinzipien andererseits. Das BGB - hier also insbesondere die §§ 1626ff - ist das das Grundgesetz einschränkende Gesetz. Diese Normen sind jedoch wiederum im Lichte der Grundrechte zu sehen⁹⁶. Es findet eine "Wechselwirkung in dem Sinne statt, daß die allgemeinen Gesetze zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlich-demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden."

91 Hierzu: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 III GG Rdnr 20ff, insbes. Fn 4 zu Rdnr 20; Krüger FamRZ 1956, 329ff, 333.

92 Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 III Rdnr 21.

93 So insbes. Krüger FamRZ 156, 329ff.

94 S. hierzu: Reuter/Säcker NJW 1965, 2037ff; Reuter FamRZ 1969, 622ff.

95 So können wohl Gernhuber FamRZ 1962, 89ff; Jayme, aaO, S. 131f; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 III Rdnr 26 verstanden werden.

96 BVerfGE 32, 311ff, 316

Nach dieser Meinung, der hier gefolgt wird, haben die Grundrechte eine "Ausstrahlungswirkung"⁹⁷ auf das sie beschränkende Gesetz. Das bedeutet, daß die "elterliche Gewalt" - als Schranke der Kindesgrundrechte - einer verfassungskonformen Auslegung⁹⁸ bedarf. Auf diese Weise fließt der Bedeutungswandel, der von den Grundrechten - insbesondere von Art. 1 I und Art. 2 I GG - ausgeht, im Wege einer Wechselwirkung, d.h. einer Reduzierung der Schranke, unmittelbar in das Rechtsinstitut der elterlichen Gewalt ein⁹⁹. Aus der hohen Hürde des Herrschaftsrechts wird die niedrigere Schranke elterliche Sorge, die auf die Erziehung zu einer sich entfaltenden und selbstverantwortlichen Persönlichkeit gerichtet ist¹⁰⁰.

Ein so verstandenes Aufsichtsrecht hat sich den Erfordernissen nach einer möglichst freien und eigenverantwortlichen Erziehung unterzuordnen. Das Wohl des Kindes steht im Vordergrund einer sich an diesem erzieherischen Leitbild orientierenden Aufsichtsführung. Das bedeutet, daß die Aufsichtsführung bei dem heranwachsenden Kind auf ein nötiges, d.h. seiner Erziehung dienendes Mindestmaß zurückzuführen ist. Das Kind steht nicht mehr unter "Kuratel", sondern Elternwacht¹⁰¹. Die Eltern sind "Sach-

97 BVerfGE 27, 79ff

98 Larenz, Methodenlehre, S. 329ff, 331/332

99 Nicht nur durch diese Wechselbeziehung, sondern auch von anderen Gesetzen wird die Schranke ihrerseits beschränkt: § 5 d. Ges. über die religiöse Kindererziehung (Bekenntniswahl); § 59 FGG (selbst. Testierfreiheit).

100 M.E. ist auch der Begriff der "elterlichen Gewalt" trotz der Strenge des Begriffs in diesem Sinne verfassungskonform auszulegen, da es sich hier um eine reduzierende, den Wortsinn noch nicht sprengende Entschärfung handelt. Andernfalls handelte es sich um eine Gesetzeskorrektur (Larenz, Methodenlehre, S.332). Dieses Problem beseitigt der Entwurf, der den Begriff der elterlichen Gewalt durch den der elterlichen Sorge ersetzt.

101 Vgl. die das Persönlichkeitsrecht des Kindes betont in Vordergrund stellende Kommentierung von Ronke in Erman, Handkommentar zum BGB, 2. Bd., 1972, insbes. Rdnr 8 u. 12 zu § 1621.

walter des Persönlichkeitsrechts ihrer Kinder"¹⁰².

1.3.3 Der Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge¹⁰³ liegt ganz auf der Linie des hier zum Ausdruck gekommenen Sorgerechtsverständnisses. Die Reformbedürftigkeit sah die Regierung in dem "Auseinanderfallen von sozialer Wirklichkeit und Gesetz". Elternrecht und Kindesrecht sollten in dem Sinne neu abgegrenzt werden, daß ein Teil des Freiheitsraums von den Eltern auf die Kinder verlagert werden sollte¹⁰⁴. Das Rechtsinstitut der "elterlichen Gewalt", das bisher der Inbegriff der elterlichen Befugnisse gegenüber dem Kind war, sollte vom Ruch ("Gewalt") elterlicher Fremdbestimmung, die das Kind lediglich als Rechtsobjekt elterlicher Beherrschung betrachtet, befreit werden. Im einzelnen sei die Konzeption der die Thematik dieser Untersuchung betreffenden Normen (§§ 1626, 1631 RegE) kurz vorgestellt¹⁰⁵.

§ 1626 I 1 RegE¹⁰⁶ löst den Begriff der "elterlichen Gewalt" durch den der "elterlichen Sorge" ab. Mit dieser Begriffswahl soll die Pflichtigkeit des Elternrechts betont werden¹⁰⁷. Die Menschenwürde des Kindes (Art. 1 I GG) sowie sein Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG), die durch die Stärke des Begriffs der Ge-

102 Erman-Ronke, aaO, Rdnr 8 zu § 1621

103 BT-Drucksache 7/2060, nachfolgend abgekürzt: "RegE".

104 Vgl. die Einleitung zur Begründung des RegE, BT-Drucksache 7/2060, S. 13ff.

105 Es ist nicht zu erwarten, daß sich bezüglich dieser Normen im Zuge der weiteren Beratungen zum RegE substantielle Änderungen ergeben. Zum Meinungsstand: Coester-Waltjen ZRP 1977, 177ff.

106 § 1626 I der RegE lautet:

Der Vater und die Mutter haben die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen (elterliche Sorge). Die elterliche Sorge umfaßt die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) und das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge).

107 Vgl. die Einzelbegründung zum RegE, Art. 1.

walt zu sehr im Hintergrund blieben, sollten auch sprachlich aufgefangen werden. Daß sich die Elternrechte dem Wohl des Kindes unterzuordnen, sich an diesem zu orientieren haben, soll zudem durch die Umstellung des Begriffspaares "Recht und Pflicht" in "Pflicht und Recht" zum Ausdruck kommen. Es sollte hervorgehoben werden, daß bestimmendes Merkmal des Elternrechts die Pflicht zur Pflege und Erziehung ist¹⁰⁸. Während § 1626 I u. II in dem neu konzipierten § 1626 I zusammengefaßt sind, hat § 1626 II RegE¹⁰⁹ im geltenden Recht kein Vorbild. Er ist zwar aus dogmatischer Sicht weniger bedeutsam, ist aber auch Ausdruck des neu verstandenen Elternrechts, das auch in der "Aktphoto"-Entscheidung des BGH anklingt¹¹⁰. Hierin wird eine zunehmende Beteiligung des Kindes am Willensbildungsprozeß bei Entscheidungen, die seine Angelegenheiten betreffen, gefordert bzw. nahegelegt. Bei lebensbestimmenden Entscheidungen, die Ausbildung und Beruf betreffen, soll im Falle unüberbrückbarer

108 S. BVerfGE 24, 119ff, 143.

Ferner: die vehemente Kritik von Bosch, FamRZ 1973, 489ff, insbes. 505ff, der diese Umstellung als "Spielerei" bezeichnet, in der "ministerielle Reglementierung" zum Ausdruck komme (S. 506).

Gegen die Umstellung auch mit einem Hinweis auf Art. 6 II GG die Stellungnahme des Bundesrates zum RegE (Anlage 2 zur BT-Drucksache 7/2060).

109 § 1626 II RegE lautet:

Soweit ein Kind zu einer eigenen Beurteilung seiner Angelegenheiten in der Lage ist, haben die Eltern bei der Ausübung der elterlichen Sorge darauf Rücksicht zu nehmen. Maßnahmen sollen sie mit dem Kind erörtern und nach Möglichkeit im Einvernehmen mit ihm treffen. Maßnahmen, die die Ausbildung oder den Beruf des Kindes betreffen, sollen seiner Begabung und Neigung entsprechen; bei Meinungsverschiedenheiten soll der Rat eines Berufs- und Bildungsberaters eingeholt werden.

110 BGH, FamRZ 1974, 597

Meinungsverschiedenheiten ein Berufs- oder Bildungsberater konsultiert werden¹¹¹.

Die eine Säule des elterlichen Sorgerechts, das Personensorgerecht, erfährt eine nähere Bestimmung in § 1631 RegE¹¹². Auch hier fällt zunächst die Umstellung in der Reihenfolge der Begriffe "Pflicht und Recht" auf. Trotz der Ähnlichkeit in der Formulierung mit § 1626 I RegE handelt es sich bei § 1631 I RegE nicht um eine Legaldefinition des Personensorgerechts, sondern um eine beispielhafte, nicht abschließende ("insbesondere") Aufzählung der wesentlichsten Aufgabenbereiche elterlicher Fürsorge. Die Neuaufnahme des Begriffs "Pflege" betont einmal zusätzlich den fremdnützigen Sorgecharakter und verdeutlicht zum andern durch die nunmehrige Kongruenz der Begriffe die Anbindung des Rechtsinstituts an Art. 6 II GG¹¹³. Im Ergebnis kann festgestellt werden, daß der RegE soziale Wirklichkeit und Gesetz in dem Sinne wieder in Einklang zu bringen versucht, daß er den viel zu starren und beherrschend klingenden und auch aufgefaßten Begriff der elterlichen Gewalt auflöst und durch Merkmale ersetzt, in die all jene Tendenzen und Überlegungen, die im Schrifttum¹¹⁴ vorgezeichnet wurden, einzufließen vermögen.

111 § 1626 a enthält bei Einsichtsfähigkeit die Befugnis des Kindes in eine Heilbehandlung einzuwilligen. Diese Vorschrift ist m. E. eine Einbruchsstelle für eine Fülle von Problemen: - Das Kind kann zwar in die Heilbehandlung einwilligen, was geschieht aber mit dem zivilrechtlichen Behandlungsvertrag? - Hat das Kind einen Anspruch auf Zustimmung der Eltern in den Vertrag, quae sit actio? - Wer trägt bei Divergenzen die Kosten der Vertragsdurchführung? - Sind nur notwendige oder z.B. auch kosmetische Heilbehandlungen gemeint?

112 § 1631 RegE lautet:
Die Personensorge umfaßt insbesondere die Pflicht und das Recht, das Kind zu pflegen, zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen.
Das Vormundschaftsgericht hat die Eltern auf Antrag bei der Ausübung der Personensorge in geeigneten Fällen zu unterstützen.

113 S. hierzu die Einzelbegründung zum RegE, zu Nr. 6.

114 Vgl. insbes. Krüger FamRZ 1956, 329ff; Gernhuber FamRZ 1962, 89ff; Jayme, aaO, S. 130ff; aber auch BVerfGE 10, 59ff, 76, das von der elterlichen Gewalt als einem Sozialrecht spricht; OLG Köln FamRZ 1962, 124f.

1.3.4 Die Untersuchung hat gezeigt, daß drei Interessenkreise in § 832 hineinragen. Das Interesse der Eltern, nicht für Schäden haften zu müssen, die sie weder beherrschen können noch dürfen. Das Interesse des Geschädigten auf Schadensausgleich wird ergänzt durch ein drittes Interesse: das des Kindes und deshalb auch der Eltern sowie - weil der Allgemeinheit - im Grunde auch des Geschädigten auf sachgerechte Erziehung. Dieser familienrechtliche Bezugspunkt ist die einzige Quelle der schadensrechtlich aufgefangenen Pflicht zur Aufsichtsführung. Das Familienrecht überlagert insoweit das Schadensrecht. Die Aufsichtsführung über das Kind hat sich dem Erziehungszweck unterzuordnen. Erzieherisches Leitbild ist ausgehend von Art. 1 I GG und Art. 2 I GG ein möglichst selbstständiges, zum eigenverantwortlichen Handeln fähiges Kind. Ein solches Erziehungsziel bedingt, dem Kind einen möglichst weiten Freiheitsraum zu gewähren, die unmittelbare Kontrolle durch eine mittelbare Aufsichtsführung zu ersetzen. Das Spannungsverhältnis zwischen Erziehung einerseits und Schadensprävention andererseits wird durch das im Wandel und in Reform begriffene Familienrecht, insbesondere durch den Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der elterlichen Sorge nicht beseitigt, sondern bestätigt.

Wenn der Umfang der Aufsichtsführung mit einem Mindestmaßgebot belegt ist, weil vorrangiges Erziehungsziel die eigenverantwortliche Persönlichkeit ist, dann verliert der Schadenseintritt seinen Indizcharakter für eine Aufsichtspflichtverletzung. Bei einem Jugendlichen, der bis zum Erreichen der Volljährigkeit keinen Schaden angerichtet hat, liegt im Gegenteil die Vermutung nahe, daß die Aufsichtsführung in einer dem Erziehungszweck nicht förderlichen Weise überspannt wurde. Das Dilemma des § 832 ist offensichtlich: Gleichet die Rechtsprechung das Maß der Aufsichtsführung u. U. auch unter dem Eindruck der Novellierung des elterlichen Sorgerechts den Anforderungen an eine auf Eigenverantwortlichkeit gerichtete Erzie-

hung an, ist dem Interesse des Geschädigten nicht gedient, da eine weite Haftungslücke entsteht. Versucht sie hingegen, jenen strengen Maßstab beizubehalten, so verlangt sie etwas, was von den Eltern entweder gar nicht durchsetzbar ist oder was - mit elterlicher Macht durchgesetzt - dem Erziehungsziel und damit dem Kindesinteresse zuwider läuft. Auf letztere Weise könnte vom Schadensrecht eine unerwünschte Reflexwirkung ausgehen: die Eltern könnten zur Vermeidung von Fremdschäden, für die sie einzutreten hätten, das Maß der Aufsichtsführung erziehungszweckwidrig überspannen. Bereits die bisherige Betrachtung zeigt, daß sowohl vor dem Hintergrund des geltenden Rechts als auch der Novellierung des Rechts der elterlichen Sorge die Elternhaftung der Reform bedarf.

1.4 Der Kreis der aufsichtspflichtigen Personen

Die folgende Untersuchung dient nicht der sachlichen Abgrenzung der Aufsichtsführungspflicht, sondern der personellen, d.h. es soll der Kreis der Aufsichtspflichtigen möglichst umfassend dargestellt werden. Dabei steht die elterliche Aufsichtspflicht im Vordergrund der Erörterung. Der Vollständigkeit der Darstellung wegen wird aber auch auf den nicht (nur) wegen Minderjährigkeit aufsichtsbedürftigen Personenkreis des § 832 I eingegangen. Eine Trennung zwischen dem Kreis der Aufsichtspflichtigen und dem der Aufsichtsbedürftigen wird in der Darstellung nicht vorgenommen. Sie erscheint nicht zweckmäßig, da die gesetzliche Aufsichtspflicht als Bindeglied zwischen Aufsichtspflichtigem und Aufsichtsbedürftigem eine Zuordnung im Einzelfall vornimmt. Das gesetzliche Aufsichtspflichtverhältnis weist dem Aufsichtsbedürftigen den jeweils Aufsichtspflichtigen zu. Der Kreis der aufsichtsbedürftigen Personen, an den die gesetzliche Aufsichtspflicht an-

knüpft, erfährt in § 832 I eine Dreiteilung: erstens, der Minderjährige; zweitens, derjenige, der wegen seines geistigen oder - drittens - körperlichen Zustandes der Beaufsichtigung bedarf. An dieser gesetzlichen Reihenfolge wird sich die nachfolgende Untersuchung orientieren.

1.4.1 Bei denjenigen, die wegen ihrer Minderjährigkeit¹¹⁵ der Aufsicht bedürfen, ist die Pflicht zur Aufsichtsführung an das Personensorgerecht (§ 1631) gebunden. Neben dem sachlichen Inhalt der Aufsichtsführung bemißt sich auch die personelle Verpflichtung, die Rechtsträgerschaft nach dem Familienrecht¹¹⁶.

Aufsichtsführungspflichtig sind daher die Träger der elterlichen Gewalt¹¹⁷, in der Regel also bei bestehender Ehe beide Elternteile (§ 1626)¹¹⁸. Sie haben die elterliche Gewalt zwar in eigener Verantwortung aber in gegenseitigem Einvernehmen auszuüben (§§ 1627, 1353). Einen "Stichentscheid" des Vaters (früher § 1628) gibt es nicht mehr. Er war verfassungswidrig (Art. 3 II GG)¹¹⁹. Bei einem unüberbrückbaren Elternkonflikt, der auch die Auf-

115 Also bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres, § 2 BGB.

116 Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 243f, zum sog. verweisenden Rechtssatz.

117 De lege ferenda: der elterlichen Sorge, § 1626 I RegE.

118 Das römische Recht (*patria potestas*) und das deutsche (gemeine) Recht ("munt") kannten eine umfassende elterliche Gewalt. Auch das BGB war dieser Grundlinie gefolgt. Der Vater hatte die Hauptgewalt und die Mutter eine sich lediglich auf das Personensorgerecht beschränkende Nebengewalt. In der Zeit vom 1.4.1953 bis 30.6.1958 stand die elterliche Gewalt Vater und Mutter aufgrund von Art. 117 I i.V.m. Art. 3 II GG gemeinsam zu (BVerfGE 3, 325ff, 337ff). Nach Art. 1 Nr. 22 i.V.m. Art. 8 II Nr. 4 des Gleichber.G. ist die Rechtslage mit Wirkung vom 1.7.1958 gesetzlich verankert worden.

119 Das BVerfG hat mit Art. v. 29.7.1959 § 1628 (in ders. Entscheidung auch § 1629 I) für verfassungswidrig, weil mit Art. 3 I GG nicht vereinbar, erklärt, BVerfGE 10, 59ff, BGBI. 1959 I 633.

sichtsführung betreffen kann, sieht § 1628 RegE¹²⁰ ein Antragsrecht eines Elternteils vor, mit dem eine vormundschaftsgerichtliche Entscheidung herbeigeführt werden kann. Diese hat die Übertragung der Entscheidungsgewalt auf ein Elternteil zum Gegenstand (§ 1628 I RegE), wenn vorher keine vormundschaftsgerichtliche Einigung erzielt werden kann (§ 1628 II RegE). Ein eigenes Antragsrecht des Kindes sieht auch der RegE nicht vor. Man hielt es für überflüssig¹²¹, weil die Möglichkeit eines vormundschaftlichen Eingriffs von Amts wegen (§ 1666 BGB) besteht. § 1666 RegE soll dahingehend novelliert werden, daß bei Gefährdung des Kindeswohls das vormundschaftsgerichtliche Eingreifen von Amts wegen nicht mehr von einem schuldhaften¹²² Verhalten der Eltern abhängig gemacht wird.

Zusammengefaßt: bei bestehender Ehe und häuslicher Lebensgemeinschaft der Eltern haben diese die elterliche Gewalt (elterliche Sorge) und damit die Aufsichtsführung. Im Falle unüberbrückbarer Meinungsverschiedenheiten kann das Vormundschaftsgericht de lege ferenda einem Elternteil die Entscheidungsbefugnis auch über eine Frage der Aufsichtsführung übertragen (§ 1628 RegE) oder im Falle einer Gefährdung des Kindeswohls (§§ 1666 BGB, 1666 RegE) selbst die erforderliche Maßnahme oder Entscheidung treffen.

120 § 1628 RegE lautet:

(1) Können sich die Eltern in Angelegenheiten der elterlichen Sorge, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, nicht einigen, so kann das Vormundschaftsgericht auf Antrag eines Elternteils die Entscheidung einem Elternteil übertragen, sofern dies dem Wohle des Kindes entspricht. Die Übertragung kann mit Auflagen verbunden werden.

(2) Vor der Entscheidung soll das Vormundschaftsgericht darauf hinwirken, daß sich die Eltern auf eine dem Wohl des Kindes entsprechende Regelung einigen.

121 Vgl. die Einzelbegründung BT-Drucksache 7/2060 zur Nr. 3.

122 Vgl. BGHZ 20, 313ff, 320; zur derzeitigen Praxis der Vormundschaftsgerichte vgl. den Untersuchungsbericht (Studie) der Forschungsgruppe "Familienrecht" der Deutschen Forschungsgemeinschaft, besprochen in der "FAZ" vom 9.12.1977, S. 7/8.

1.4.1.1 Ein bei bestehender Ehe nicht nur vorübergehendes Getrenntleben der Ehegatten hat auf die elterliche Gewalt (Sorge) grundsätzlich keinen Einfluß. Es bleibt bei der Regelung des § 1626, wonach beiden Eltern teilen die Aufsichtspflicht (§ 1631) gemeinsam zusteht. Nach ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung werden die aus der elterlichen Gewalt sich ergebenden Rechte und Pflichten teilweise oder ganz von einem Elternteil allein wahrgenommen. Richtiger Ansicht nach¹²³ kann eine derartige Vereinbarung jedoch nicht das - rechtsgeschäftlich unverzichtbare - Elternrecht berühren, sondern nur dessen Ausübung¹²⁴. Allerdings kann während des Getrenntlebens die elterliche Gewalt auf Antrag eines Elternteils - das Kind hat auch hier kein Antragsrecht - einem Elternteil durch Gerichtsentscheid übertragen werden (§ 1672). Zuständig war bis zum 30.6.1977 das Vormundschaftsgericht (§ 1672 a.F.), vom 1.7.1977 an ist es das Familiengericht¹²⁵.

Zusammengefaßt: bei nicht nur vorübergehendem Getrenntleben bleiben beide Elternteile Träger der elterlichen Gewalt und damit auch der Aufsichtspflicht, es sei denn ein vormundschaftsgerichtlicher oder familiengerichtlicher Beschluß überträgt das elterliche Sorgerecht auf Antrag nur einem Elternteil.

123 Vgl. Beitzke, Familienrecht, 18. A., 1976, § 29, S. 209.

124 Lebt z.B. das Kind bei der Mutter und hat man sich das elterliche Sorgerecht so aufgeteilt, daß die Mutter die Personensorge (und der Vater die Vermögenssorge) übernimmt, dann hat sich der Vater zumindest stichprobenweise zu vergewissern, ob die Mutter den Verpflichtungen aus der Personensorge nachkommt. Bei einem auf Aufsichtspflichtverletzung beruhenden Schadenseintritt bliebe die gesamtschuldnerische Haftung bestehen.

125 S. hierzu § 1672 BGB i.V.m. § 23b I Nr. 2 GVG u. § 621 ZPO in d. Fassung d. 1. EheRG v. 14.6.1976, BGBI. I, 1976, 1421ff, insbes. S. 1432 u. 1443. Nachfolgend werden die bis zum 30.6.1977 geltenden Vorschriften mit dem Zusatz a.F. versehen.

1.4.1.2 Während des Ehescheidungsverfahrens bleibt die elterliche Gewalt ebenso wie während des Getrenntlebens bei beiden Elternteilen (§ 1626). Jedoch konnte bis zum 30.6.1977 das Prozeßgericht eine einstweilige Anordnung auf Antrag (§ 627 ZPO a.F.) erlassen, die die Personensorge abweichend regelte. Diese Regelung bleibt auch nach rechtskräftiger Beendigung des Eheprozesses (§ 627 a ZPO a.F.) bis zu einer vormundschaftsgerichtlichen Entscheidung wirksam. Sie war allerdings beschränkt auf die Personensorge, die gesetzliche Vertretung des Kindes konnte nicht übertragen werden. Demgegenüber kennt § 620 Nr.1 ZPO n.F. die Möglichkeit einer umfassenden Übertragung der elterlichen Gewalt (Sorge) durch das Familiengericht. Selbstverständlich können aber auch weiterhin nur Teilrechte aus dem elterlichen Sorgerecht übertragen werden, wie z.B. die Vertretung. Der Beschluß ergeht zwar in der Regel (§ 620 S. 1 ZPO n.F.) - aber nicht notwendigerweise (§ 620 S. 2 ZPO n.F.) - auf Antrag und kann auf gleiche Weise während des Ehescheidungsverfahrens geändert werden (vgl. § 620 b I 1 u. 2 ZPO n.F.).

Zusammengefaßt: auch während eines Ehescheidungsverfahrens verbleibt das Sorgerecht bei beiden Eltern, es sei denn ein gerichtlicher Beschluß trifft eine abweichende Regelung.

1.4.1.3 Die elterliche Gewalt und damit die aus dem Personensorgerecht fließende Aufsichtspflicht über ein minderjähriges nichteheliches Kind obliegt der Mutter (§ 1705). Der Vater hat auch dann kein Sorgerecht, wenn die Vaterschaft festgestellt oder anerkannt ist. Träger der elterlichen Gewalt wird er nur, wenn er die Mutter heiratet (§ 1719), das Kind für ehelich erklärt (§ 1723) oder es durch ihn adoptiert wird (§ 1741 II 2)¹²⁶.

¹²⁶ Zusätzlich noch in dem Fall des § 1740 a, wenn der Vater der Überlebende ist.

Erst das NichteheL.G. v. 19.8.1969¹²⁷ hat der Mutter die umfassende elterliche Gewalt über das nichteheliche Kind übertragen, während ihr früher nur das Personensorgerecht zustand. Wenn sie nichts anderes beantragt, wird ihr Sorgerecht nur in den drei Fällen des § 1706 eingeschränkt. Es handelt sich dabei um die Vaterschaftsfeststellung, die Regelung des Unterhalts und des Erbrechts, also um Rechtsfragen, in die das Verhältnis Mutter-Vater stark hereinspielt und bei denen die Mutter möglicherweise nicht die nötige Unbefangenheit besitzt, die zu ihrer Klärung nötig sind¹²⁸.

Zusammengefaßt: der Mutter eines nichtehelichen Kindes steht die Aufsichtspflicht allein zu, es sei denn die Personensorge ist ihr - aus welchen Gründen auch immer - vormundschaftsgerichtlich entzogen. Dies galt auch bereits vor dem 30.6.1977.

1.4.1.4 Eine von den dargestellten Grundzügen abweichende Regelung der elterlichen Gewalt kann schon wegen des Verfassungsrangs (Art. 6 II GG) dieses Sorgerechts grundsätzlich nur durch gerichtliche Anordnung¹²⁹ erfolgen (§ 1774). So bedarf insbesondere die Einsetzung eines Vormundes einer gerichtlichen Anordnung. Auf der Anordnung der Vormundschaft beruht die Bestellung des Vormundes (§ 1789)¹³⁰. Die Zuständigkeit für die Anordnung der Vormundschaft ist vom BGB auf das Vormundschaftsgericht¹³¹ und seit dem 1.7.1977 zum Teil auf das Familiengericht

127 BGBl. I 1969, Bd 2, S. 1243ff, in Kraft seit dem 1.7.1970

128 Zusätzlich gibt es noch die Bestellung eines Beistandes (§ 1685), der der Mutter auf Antrag zur Unterstützung zur Seite gestellt wird.

129 Nur in wenigen Fällen tritt die Vormundschaft abweichend vom Grundsatz gerichtl. Bestellung kraft Gesetzes ein: § 1791 I u. II, § 1751.

130 Anordnung und Bestellung werden in der Regel in einer gerichtlichen Verfügung vollzogen.

131 Vgl. aber Art. 147 EGBGB, wonach abweichende landesrechtliche Vorschriften - wie etwa in Baden-Württemberg - unberührt bleiben.

übertragen worden. Die Zuweisung an das Familiengericht umfaßt die Fälle des nicht nur vorübergehenden Getrenntlebens und des Ehescheidungsverfahrens (§ 23b I Nr. 2 GVG i.V.m. § 621 I 1 u. II ZPO n.F. i.V.m. § 1672 BGB n.F.)¹³². Die Führung der Vormundschaft hat grundsätzlich den gesamten Komplex des elterlichen Sorgerechts zum Gegenstand, also Personensorge, Vermögenssorge und die gesetzliche Vertretung (§§ 1793, 1800 I)¹³³. Bei der Bestellung von mehreren Vormündern (§ 1797 BGB) kann die elterliche Gewalt - und damit die Aufsichtsführung - den Vormündern gemeinschaftlich (§ 1797 I) zustehen. Das elterliche Sorgerecht kann aber auch durch das Vormundschaftsgericht nach Wirkungskreisen aufgeteilt sein, innerhalb derer der Einzelvormund allein verantwortlich ist (§ 1797 II). Beispielsweise kann eine Aufteilung nach Personen- und Vermögenssorge stattfinden (vgl. § 1798). Die Bestellung eines Gegenvormundes (§§ 1792, 1799) geschieht nur zur Kontrolle von Vormund oder Vormündern. Der Gegenvormund ist daher grundsätzlich¹³⁴ nicht Inhaber der elterlichen Gewalt und folglich auch nicht aufsichtspflichtig. Trotz der Kontrolle des Vormundes durch den Gegenvormund (§ 1799) und der Aufsichtsführung des Vormundschaftsgerichts über Vormund und Gegenvormund (§§ 1837, 1886) ist

132 Allerdings sind die Landesregierungen ermächtigt, den Familiengerichten weiter Vormundschaftssachen zuzuweisen, § 23 c GVG n. F..

133 Der Vormund hat allerdings keine elterliche Gewalt. Der Rechtsgrund der elterlichen Gewalt beruht auf dem Eltern-Kind-Verhältnis. Sie entsteht allein kraft Gesetzes. Die Rechtsstellung des Vormundes, die der elterlichen Gewalt stark angenähert ist, beruht auf vormundschaftsgerichtl. Bestellung (vgl. BVerfGE 10, 302ff, 328). Deshalb handelt es sich bei § 1800 I nicht um eine Rechtsgrund-, sondern Rechtsfolgeverweisung. Der Bestellungsgrundsatz dient allerdings in erster Linie der Rechtsklarheit und hat weniger grundsätzliche Bedeutung. Das ältere deutsche Recht kannte demgegenüber auch die unmittelbare gesetzliche Vormundschaft (vgl. die Motive bei Mugdan, Bd IV, S. 1034f).

134 Mit Aufnahme des § 1792 III, in dem für den Fall des § 1792 II der eine Vormund gleichzeitig Gegenvormund des anderen sein kann.

der Vormund selbständig tätig¹³⁵ und haftet dem Mündel auf Schadensersatz (§§ 1833, 276) bereits bei leicht fahrlässiger Pflichtverletzung, also strenger als die Eltern. Die Bestellung des Vormundes (§ 1789) - und damit auch die Anordnung der Vormundschaft (§ 1774) - setzt ein Bedürfnis hierfür voraus (§ 1773). Bei einem minderjährigen Kind ist ein Bedürfnis dann gegeben, wenn es - erstens - nicht unter elterlicher Gewalt steht¹³⁶ oder - zweitens - die Eltern nicht zur Vertretung berechtigt sind¹³⁷ oder - drittens - der Familienstand des Mündels nicht zu ermitteln ist¹³⁸.

1.4.1.5 Auch bei Anordnung der Pflegschaft kann der bestellte Pfleger aufsichtspflichtig sein. Voraussetzung ist allerdings, daß ihm speziell die Aufsichtsführung oder die Personensorge über das Kind übertragen wurde oder daß es sich um einen Fall umfassender Pflegschaft (§ 1909 III) handelt. Während die Vormundschaft grundsätzlich alle Angelegenheiten des Kindes, d.h. das gesamte elterliche Sorgerecht umfaßt, bezieht sich die Pflegschaft regelmäßig nur auf einzelne Angelegenheiten

135 Deshalb ist das Vormundschaftsgericht auch nicht aufsichtspflichtig im Sinne von § 832. Es führt nur die - mittelbare - Aufsicht über den Vormund. Die Haftung des Vormundschaftsgerichts bemißt sich allein nach § 1839.

136 Dies ist im Sinne von § 1773 I der Fall, wenn

- beide Elternteile tot oder für tot erklärt sind (§§ 1681 I, 1677, 1681 II),
- sie verwirkt wurde (§ 1676) und das Vormundschaftsgericht nicht angeordnet hat, daß sie dem anderen Elternteil allein zusteht (§ 1679 I 1),
- beide Teile oder der überlebende Teil die elterl. Gewalt verwirkt haben,
- sie aufgrund von § 1666 beiden Elternteilen entzogen wurde,
- sie bei der Mutter des nichtehelichen Kindes wegen § 1673 II ruht.

137 Das ist insbesondere der Fall, wenn

- die elterl. Gewalt bei beiden Elternteilen ruht (§§ 1673-1675),
- sie bei dem überlebenden Elternteil oder der Mutter des nichtehelichen Kindes ruht.

138 Vgl. Massfeller-Hoffmann-Knöpfel, Kommentar zum Per-

bzw. Bestandteile des elterlichen Sorgerechts. Voraussetzung für die Pflegschaftsanordnung ist daher, daß die Eltern oder der Vormund an der Besorgung einzelner Angelegenheiten aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen gehindert sind. Fälle der rechtlichen¹³⁹ Verhinderung sind das Ruhen, Verwirken oder der Entzug der elterlichen Gewalt.

1.4.1.6 Die Aufzählung des Personenkreises, der über einen minderjährigen Aufsichtsbedürftigen aufsichtspflichtig ist, ist abschließend¹⁴⁰. Andere gesetzliche Zuweisungen der Aufsichtspflicht gibt es nicht (mehr). Dem Beistand obliegt keine Aufsichtspflicht gegenüber dem Kind (§ 1675ff). Die Bestellung des Beistandes setzt gerade das Bestehen der elterlichen Gewalt in einer Person voraus. Die Fürsorge des Beistandes ist nicht unmittelbar auf das Kind bezogen, sondern soll eine Hilfe für den alleinigen Inhaber der elterlichen Sorge sein¹⁴¹. Entsprechendes gilt für den Erziehungsbeistand nach § 55ff JWG bzw. § 9 JGG, sowie für die Bewährungsaufsicht (§§ 24, 25, 29, 88 JGG) über einen straffällig gewordenen Jugendlichen. Auch der gewerbliche Lehrherr ist über den Auszubildenden nicht mehr aufsichtspflichtig¹⁴². Eine Aufsichtspflicht findet heute in den

sonenstandsgesetz, zu § 25 (Findelkind) und § 26 (andere Personen, deren Familienstand zunächst (§ 27) nicht feststellbar ist).

139 Aber auch tatsächliche Hinderungsgründe können speziell den Fall der Aufsichtsführung betreffen: wenn sich z.B. die Eltern oder der Vormund im Ausland befinden, erkrankt sind, die alleinstehende Mutter berufstätig sein muß.

140 S. RGZ 70, 48ff, 50

141 Dölle, Familienrecht, Bd II, 1965, § 99

142 So jetzt BGH VersR 1958, 549, der die Grundsätze einer Entscheidung des RG (RGZ 97, 229ff, 232), mit der die Aufsichtspflicht über den kaufmännischen Lehrling (§ 76 HGB) abgelehnt wurde, auch auf den gewerblich Auszubildenden überträgt. Anders noch RGZ 52, 73, allerdings auf der Grundlage der §§ 127, 127a Gew.O.a.F.

§§ 26-28 Handw.O.¹⁴⁵ keine Stütze mehr. Eine Verantwortlichkeit des Lehrherrn besteht daher nur noch im Zusammenhang mit betrieblich bedingten Schäden, die der Auszubildende verursacht hat (§ 831). Eine weitergehende Aufsichtspflicht ist nur dann gegeben, wenn der Auszubildende in die häusliche Gemeinschaft des Lehrherrn auf Dauer aufgenommen wird (§ 832 II). Ähnliches gilt für den kaufmännischen Auszubildenden. Auch er steht nicht unter umfassender Aufsichtsführung des kaufmännischen Lehrherrn¹⁴⁴. Die Aufsichtspflicht erstreckt sich nur auf die Geschäftsräume und auf die mit dem Betrieb des Handelsgewerbes zusammenhängenden Verrichtungen des Auszubildenden¹⁴⁵. Etwas anderes ergibt sich nur dann, wenn der Auszubildende in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen wird.

Der Lehrer an einer öffentlichen Schule ist gleichfalls nicht aufsichtspflichtig im Sinne von § 832 I. Seine Verantwortlichkeit bemißt sich ausschließlich nach § 839 i.V.m. Art. 34 GG¹⁴⁶. Zwar ist der Lehrer sowohl während des Unterrichts als auch auf Schulausflügen und in Pausen zur Führung der Aufsicht verpflichtet, indes obliegt ihm diese Pflicht nicht kraft Gesetzes (§ 832), sondern kraft seines Amtes. Eine derartige mit dem Amt verbundene Obliegenheit erfüllt jedoch nicht den Tatbestand des § 832, denn dieser fordert ausdrücklich, daß die Aufsichtspflicht auf gesetzlicher Zuweisung beruht. Zwar beruht auch die Stellung des Vormundes und Pflegers

143 An die Stelle der §§ 127, 127a Gew.O. sind zunächst die §§ 22, 24 Handw.O. v. 17.9.1953 (BGBl. 1953 I, 1411) getreten. Sie wurden abgelöst von den §§ 26-28 Handw.O. v. 28.12.1965 (BGBl. 1966 I 2). § 26 Handw.O. gilt nunmehr i.d. Fassung des Berufsausbildungsgesetzes vom 14.8.1969 (BGBl. 1969 I, 1112).

144 § 76 HGB ist aufgehoben durch § 106 des Berufsbildungsgesetzes v. 14.8.1969 (BGBl. 1969 I, 1136); an seine Stelle tritt § 6 d. Ges. (BGBl. 1969 I, 1113).

145 Vgl. OLG Köln, MDR 1957, 227 = VersR 1957, 401.

146 Vgl. BGHZ 13, 25 u. Pfretschner, ZBR 1956, 399ff.

auf hoheitlicher Anordnung und Bestellung, jedoch gilt dies einmal zumindest beim Vormund nur für seine Stellung und nicht für seine Aufsichtspflicht, denn diese ist kraft Gesetzes (§ 1800 I i.V.m. § 1631) zugewiesen, und zum andern beruht die Stellung des Vormundes und Pflegers auch nicht auf amtlicher, sondern (vormundschafts-)gerichtlicher Anordnung. Auch die Haftung des militärischen Vorgesetzten sowie des Aufsichtsbeamten einer Strafanstalt bemißt sich ausschließlich nach § 839, Art. 34 GG.

1.4.1.7 Zusammengefaßt: der aufsichtspflichtige Personenkreis über Minderjährige wird ausschließlich durch familienrechtliche Vorschriften bestimmt. Die Aufsichtspflicht der Eltern, des Vormundes und des Pflegers hat seinen Ursprung in § 1626 i.V.m. § 1631. Sie ist Ausfluß des elterlichen Personensorgerechts. Auch wenn die Aufsichtsführung nicht den Eltern, sondern kraft gerichtlicher Anordnung dem Vormund oder Pfleger zufällt, ist diese inhaltlich jene familienrechtliche Pflicht, die sich an den Leitbildern einer auf freie Entfaltung der Persönlichkeit des Kindes unter Berücksichtigung der Menschenwürde gerichteten Erziehung zu orientieren hat. Die dargelegten Haftungsprobleme treffen auch und besonders Vormund und Pfleger. Da sie oft nicht in häuslicher Lebensgemeinschaft mit dem Aufsichtsbedürftigen leben, sind sie oft lediglich auf fernwirkende Erziehungsmaßnahmen mit gelegentlichen Kontrollen angewiesen. Auch hier besteht die Gefahr eines entweder dem Interesse des Geschädigten zuwiderlaufenden haftungsfreien Raumes oder einer Überspannung der Aufsichtspflicht, die weder im Interesse des Aufsichtsführenden noch in dem des Kindes liegen kann.

1.4.2 Die Aufsichtspflicht über Volljährige

Das Gesetz hebt zwar die Gruppe derjenigen, die wegen ihres geistigen Zustandes der Beaufsichtigung bedürfen (§ 832 I 1 2. Alt.), hervor, definiert diese Gruppe bzw. die Art ihrer Erkrankung oder das Maß der Abnormität nicht näher. Eine Eingrenzung des aufsichtsbedürftigen Personenkreises ergibt sich nur mittelbar. Die Aufsichtspflicht muß auch hier "kraft Gesetzes" bestehen. Der Kreis derjenigen, die über einen Volljährigen¹⁴⁷ aufsichtspflichtig sind, ist vom Gesetz eng bezogen: es sind nur der Vormund (§ 1896ff) oder der Pfleger (§ 1910 II)¹⁴⁸.

1.4.2.1 Die Vormundschaft über eine volljährige Person setzt voraus, daß sie entmündigt ist (§ 1896). Für den Fall vorläufiger Vormundschaft (§§ 1906 bis 1908) ist ausreichend, daß der Antrag auf Entmündigung gestellt ist¹⁴⁹. Die Vormundschaft über einen Volljährigen tritt nicht kraft Gesetzes ein (Bestellungsgrundsatz), sie ist vielmehr durch das Vormundschaftsgericht anzuordnen. Dies hat von Amts wegen zu geschehen, sobald das Vormundschaftsgericht von der Entmündigung Kenntnis erlangt (§§ 1897, 1774)¹⁵⁰. Die Entmündigung kann nur auf Antrag erfolgen (§§ 645 II/680 II ZPO) und setzt einen Entmündigungsgrund voraus (§ 6 I Ziff 1 BGB i.V.m. § 645 I ZPO u. § 6 I Ziff 2 u. 3 BGB i.V.m. § 680 I ZPO). Die im Rahmen des § 832 I 1 2.Alt. ("... wegen ihres geistigen Zustandes ...") in Frage kommenden Entmündigungs-

147 Für das minderjährige Kind, das über die Minderjährigkeit hinaus wegen seines geistigen Zustandes der Beaufsichtigung bedarf, ergibt sich die Verlängerung der Aufsichtspflicht aus §§ 1626, 1631, dem umfassenden elterlichen Sorgerecht.

148 Staudinger-Schäfer, § 832 Rdnr 301; Soergel-Siebert-Zeuner, § 832 Rdnr 12

149 Zum Verfahren: die Antragsberechtigung ergibt sich aus den §§ 646, 680 III-IV ZPO.

150 Der Entmündigungsbeschluß ist dem Vormundschaftsgericht von Amts wegen mitzuteilen (§§ 660, 683 II 2 ZPO).

gründe sind die des § 6 I Ziff. 1: Geisteskrankheit oder Geistesschwäche. Der Entmündigungsgrund ist im gerichtlichen Verfahren durch mündliche Vernehmung (§ 654 I u. II ZPO; Ausn.: § 654 III ZPO) unter Hinzuziehung mindestens eines Sachverständigen festzustellen (§ 655 ZPO).

Inhaltlich bemessen sich die Rechte und Pflichten des Vormundes über einen Volljährigen grundsätzlich nach denen über einen Minderjährigen (§§ 1897, 1793, 1800 I). Sie umfassen also auch das Personensorge- und Vermögenssorgerecht sowie das Recht, den Volljährigen zu vertreten. Da auch und insbesondere das Personensorgerecht angesprochen wird, liegt hierin auch die gesetzliche Zuweisung der Aufsichtspflicht als Bestandteil der Personensorge¹⁵¹. Es handelt sich jedoch nur um eine Verweisung auf die Rechtsfolge, nicht auf den Rechtsgrund der elterlichen Gewalt, die bei einem Volljährigen nicht mehr existiert. Aus dem Umstand, daß die elterliche Gewalt in Folge Volljährigkeit erloschen ist, woran auch die Entmündigung nichts ändert¹⁵², ergibt sich eine prinzipielle Andersartigkeit des vormundschaftlichen Sorgerechts über Volljährige gegenüber dem über Minderjährige. Das Personensorgerecht ist dem Grunde nach nicht umfassend wie beim Minderjährigen, sondern von vornherein mit einer Zweckbindung versehen (vgl. § 1901 I). Die Personensorge reicht nur soweit, wie es der Zweck der Vormundschaft erfordert¹⁵³. Diese Zweckbindung der Vormundschaft über Volljährige ist aufschlußreich. Offensichtlich hat sie der Gesetzgeber einfließen lassen, um dem Umstand Rechnung zu tragen, daß man es mit einem Volljährigen, d.h.

151 § 832 I 1: "kraft Gesetzes" muß die Aufsichtspflicht bestehen, vgl. a. Dölle, Familienrecht, Bd II, § 138 V 2.

152 Vgl. Fn 127, es handelt sich bei §§ 1897, 1793, 1800 I um eine Rechtsfolgeverweisung: der Rechtsgrund der elterlichen Gewalt kann nicht (mehr) in Bezug genommen werden, da er nicht mehr besteht.

153 Dies hat in der Kommentierung zu § 832 zu der Auffas-

erwachsenen Menschen zu tun hat¹⁵⁴. Die Anerkennung der vollen Rechtsfähigkeit hat dazu geführt, keine "totale" Personensorge, sondern eine auf das notwendige Maß beschränkte zu statuieren. Die Zweckbindung beim Volljährigen liegt ganz auf der Ebene der hier auch für den Minderjährigen vorgeschlagenen Zweckbindung der Aufsichtsführung zugunsten des Erziehungswohls des Kindes. Da die Aufsichtsführung über den Volljährigen als Ausfluß des Personensorgerechts jenem in § 1901 I zum Ausdruck gekommenen Mindestmaßgebot (vgl. auch § 1906) unterliegt, hat sie insbesondere das Grundrecht auf körperliche Freiheit (Art. 2 II 2 GG, Art. 104 I GG) und die Menschenwürde (Art. 1 I GG) zu beachten. Da eine Zweckbindung der Aufsichtsführung in Bezug auf das erzieherische Wohl bei dem Volljährigen nicht stattfinden kann - eine Erziehungskompetenz über Volljährige besteht ja nicht¹⁵⁵ -, tritt in der Notwendigkeit der Aufsichtsführung die Verhinderung von Schäden - insbesondere Eigen- aber auch Fremdschäden - in den Vordergrund. Ausschlaggebend für die Beurteilung dieser Notwendigkeit muß die Art der geistigen Erkrankung sein.

Zusammenfassend ist folglich festzustellen, daß die Aufsichtspflicht des Vormundes über einen Volljährigen nicht

sung geführt, daß die Aufsichtsbedürftigkeit des entmündigten Volljährigen jeweils positiv festzustellen sei (vgl. Staudinger-Schäfer, § 832 Rdnr 29f).

154 Vgl. die Motive bei Mugdan, Bd IV, zu § 1730, S.1238: Dieser Zweck beschränkt sich auf die notwendige gesetzliche Vertretung in persönlichen Angelegenheiten (vgl. § 64 Abs. 2, §§ 70, 71, 1649, 1728), sowie auf die Veranstaltung der erforderlichen Pflege, der etwaigen Heilung, Beaufsichtigung und Sicherung des Mündels (vgl. §§ 1728, 1655, 1504), während dem Vormunde eines Volljährigen selbstverständlich die durch das Erziehungsbedürfnis wegen jugendlichen Alters des Mündels bei der Altersvormundschaft gebotene Erziehungs- und Zuchtgewalt nicht zusteht.

155 Vgl. BVerfGE 10, 302ff, 328 u. Dunz, Grundrechte und Bevormundung, JZ 1960, 475ff.

ohne weiteres gegeben ist, sondern im Einzelfall unter Berücksichtigung insbesondere der Art der Erkrankung festzustellen ist. Ein Hinweis kann sich aus dem Entmündigungsverfahren, z.B. der Begründung des Beschlusses, oder der Anordnung der Vormundschaft ergeben. Gleiches gilt für die vorläufige Vormundschaft (§§ 1906-1908), denn auch der vorläufige Vormund ist "echter Vormund mit allen Rechten und Pflichten"¹⁵⁶.

1.4.2.2 Die Bestellung eines Pflegers über einen Volljährigen, der an einem geistigen Gebrechen¹⁵⁷ leidet, bestimmt sich ausschließlich nach § 1910 II. Nur in § 1910 II ist - neben dem körperlichen Gebrechen - auch das geistige als Pflegschaftsfall benannt. Im Gegensatz zu § 1910 I, der einen Ausnahmefall umfassender Pflegschaft bei starken körperlichen Gebrechen behandelt, ist § 1910 II ein Regelfall der Pflegschaft nur für einzelne Angelegenheiten. Kann der geistig Gebrechliche die Gesamtheit seiner Angelegenheiten nicht mehr besorgen, ist ein Fall der Vormundschaft gegeben¹⁵⁸.

Da die Gebrechlichkeitspflegschaft verlangt, daß eine Vormundschaft nicht besteht, und somit gerade voraussetzt, daß eine Entmündigung bzw. ein entsprechender Antrag

¹⁵⁶ So Dölle, Familienrecht, Bd II, 1965, § 138 X (S. 914) mwN.

¹⁵⁷ Zur Terminologie: In der Bееck-Wuttke, NJW 1968, 1165ff, 1166; herrschend ist, das geistige Gebrechen oder die Störung der Geistestätigkeit als Oberbegriff für Geistesschwäche und Geisteskrankheit zu definieren.

¹⁵⁸ Vgl. Beitzke, Familienrecht 18.A. 1976, S. 275, ders. FamRZ 1960, 506f (Urteilsanmerkung zu FamRZ 1960, 503). In der Praxis wird die Gebrechlichkeitspflegschaft allerdings auch dann angeordnet, wenn der geistig Gebrechliche überhaupt außerstande ist, seine Angelegenheiten zu besorgen, um das für die Vormundschaftsanordnung unerläßliche Entmündigungsverfahren zu umgehen (s. etwa OLG Hamm MDR 1968, 1011). Kritisch zu dieser Praxis: Beitzke, aaO, In der Bееck-Wuttke, vorige Fn.

nicht gegeben ist, hat sie keinen Einfluß auf die Geschäftsfähigkeit des Pfleglings. Sie darf grundsätzlich¹⁵⁹ nur angeordnet werden, wenn der Gebrechliche einwilligt (§ 1910 III)¹⁶⁰. Aus dem grundsätzlichen Fürsorgebedürfnis der Gebrechlichkeitspflegschaft wie auch aus dem Einwilligungserfordernis ergibt sich, daß die Pflegschaft im Interesse und zum Schutze des Pflegebefohlenen anzuordnen ist¹⁶¹. Das bedeutet, daß die Aufsichtsführung, wenn sie eine der Angelegenheiten sein soll, die der Gebrechliche nicht zu besorgen imstande ist, in seinem eigenen Interesse geboten sein muß. Dies ist dann der Fall, wenn bei ihm die nötigen Kontrollmechanismen außer Kraft gesetzt sind. Im Vordergrund hat auch hier die Art der Erkrankung zu stehen. Der Gesichtspunkt des Schutzes des Pflegebefohlenen bedeutet nicht, daß ausschließlich darauf abzustellen ist, ob eine Neigung besteht, Eigenschäden zu verursachen. Auch durch das Verursachen von Fremdschäden schädigt sich der Gebrechliche möglicherweise mittelbar, in dem er sich unnötigen Schadensersatzansprüchen aussetzt¹⁶².

Zusammengefaßt: auch der Gebrechlichkeitspfleger kann kraft Gesetzes über einen geistig Behinderten aufsichtspflichtig im Sinne von § 832 I sein. Voraussetzung ist, daß der Gebrechliche speziell die Angelegenheit seiner eigenen Aufsichtsführung (§ 1910 II) nicht zu besorgen

159 Mit Ausnahme des § 1910 III letzter Halbsatz: die Anordnung ist auch dann ohne Einwilligung zulässig, wenn eine Verstärkung mit dem Gebrechlichen nicht möglich ist (hierzu: In der Bееck-Wuttke, NJW 1968, 1165ff, 1168).

160 Zur Rechtsnatur der Einwilligung (ob rechtsgeschäftliche Handlung oder Ausprägung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs): In der Bееck-Wuttke, vor. Fn, mwN Fn 25-29 S. 1168 u. Beitzke FamRZ 1960, 506

161 Abweichend Gernhuber, Lehrb. d. Familienrechts, 2.A., dem Fürsorgeinteresse gleichrangig auch Drittinteressen für ausreichend hält.

162 Ähnliches gilt, wenn es wegen strafbarer Handlungen (z.B. Beschimpfungen, Verleumdungen) ständig zu Strafverfahren kommt. Die Selbstschädigung braucht nicht materieller, sie kann auch immaterieller Natur sein.

in der Lage ist. Das bedeutet, daß die Art der Erkrankung dazu führt, daß die natürlichen Kontrollmechanismen einer Person über sich selbst außer Kraft gesetzt sind.

1.4.2.3 Die Aufsichtspflicht des Vormundes über einen Volljährigen, der wegen seines körperlichen Zustandes der Beaufsichtigung bedarf (§ 832 I 1 3.Alt.) setzt voraus, daß der körperlich Gebrechliche entmündigt worden ist (§ 1896) bzw. bei vorläufiger Vormundschaft ein Entmündigungsantrag gestellt wurde (§ 1906). Das bedeutet, daß das körperliche Gebrechen von solch schwerwiegender Natur ist, daß einer der Entmündigungsgründe des § 6 I Ziff 3 gegeben ist. Als Entmündigungsgründe kommen daher nur Trunksucht oder Rauschgiftsucht¹⁶³ in Frage (§§ 680-687 ZPO). Zusätzliche Voraussetzung ist, daß Trunksucht oder Rauschgiftsucht dazu geführt haben, daß der Gebrechliche "seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag oder sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt oder die Sicherheit anderer gefährdet" (§ 6 I Ziff 3 am Ende). Die für die Aufsichtspflichten des § 832 größte Bedeutung kommt der letzten Alternative zu, wenn der infolge Trunk- oder Rauschgiftsucht körperlich Gebrechliche ein Sicherheitsrisiko darstellt. Der Trunk- und Rauschgiftsüchtige kann also auch entmündigt werden, wenn er, obwohl er sonst seine eigenen Angelegenheiten und auch die seiner Familie zu besorgen vermag, eine Gefährdung der Sicherheit ist. In diesem Entmündigungsgrund, der zumindest primär Drittinteressen verfolgt, liegt eine Kongruenz zur Schadensverhinderungspflicht des § 832: der aufgrund dieses Entmündigungsgrundes bestellte Vormund hat vorwiegend die Aufgabe, Fremdschäden zu verhindern. Andererseits ist dieser Entmündigungstatbestand dem Wesen des Vormundschaftsrechts fremd,

163 Vgl. Weimar MDR 1971, 194f: Rauschgiftsucht ist als zusätzlicher Entmündigungstatbestand seit dem 1.1.1975 eingeführt (BGBI. I, 1974, 1713).

das ja vorrangig das Wohl des Mündels verfolgt¹⁶⁴. In schwerwiegenden Fällen der Sicherheitsgefährdung wird der Vormund eine Unterbringung (§§ 1897, 1800 II)¹⁶⁵ zu betreiben haben, um sich nicht eine schuldhaft Verletzung seiner Aufsichtspflicht (§ 832 I) oder einer Verkehrssicherungspflicht (§ 823 I) vorwerfen lassen zu müssen.

Zusammengefaßt: unter denjenigen Volljährigen, die wegen "ihres körperlichen Zustandes" der Beaufsichtigung bedürfen (§ 832 I 1), kommen für den Vormund nur Trunk- oder Rauschgiftsüchtige in Frage. Im Rahmen der Personensorge für diese Gruppe werden für die Aufsichtspflicht des Vormundes in § 832 insbesondere jene Gebrechlichen bedeutsam sein, bei denen die Entmündigung darauf beruht, daß die Sicherheit beeinträchtigt ist.

1.4.2.4 Die Aufsichtspflicht des Pflegers über einen Volljährigen, der wegen seines körperlichen Zustandes der Beaufsichtigung bedarf und der nicht unter Vormundschaft steht, kann nur auf § 1910 I beruhen. § 1910 I ist neben § 1909 III ein Fall umfassender Pflegerschaft, d.h. er setzt gerade nicht voraus, daß nur einzelne Angelegenheiten des Gebrechlichen regelungsbedürftig sind, sondern daß die Gesamtheit der Angelegenheiten ("seine Angelegenheiten") der Regelung bedürfen. § 1910 I erweitert die Fürsorge über einen körperlich Gebrechlichen insofern, als einer der Entmündigungsgründe des § 6 I Ziff 3 nicht vorzuliegen brauchen. Das bedeutet, über Trunk- und Rauschgiftsucht hinaus kann eine Gebrechlichkeitspflegschaft angeordnet werden. Dabei sind die Voraussetzungen der Taubheit, Blindheit oder Stummheit nur beispielhaft aufgezählt ("insbesondere"). Eine Einschränkung gegenüber der Vormundschaft ergibt sich insofern, als eine Gebrechlichkeitspflegschaft daran gebunden

164 Vgl. Dölle, Familienrecht Bd II, 1965, § 138 V 1a u. b (S. 904f).

165 Vgl. BVerfGE 10, 302ff, 328f.

ist, daß die Gesamtheit der eigenen Angelegenheiten vom Pflegebefohlenen nicht wahrgenommen werden können. Ein etwaiges Drittinteresse ("die Sicherheit anderer", § 6 I Ziff 3) reicht nicht. Für die Aufsichtspflicht, die aus der Gebrechlichkeitspflegschaft des § 1910 I resultieren kann, ergibt sich aufgrund der Verweisung (§ 1985 I) Ähnliches wie für die Vormundschaft über den geistig Gebrechlichen. Die Pflegschaft reicht nur soweit, wie es der Pflegschaftszweck erfordert (§ 1901 I). Dieser ist nach zumindest h. M. vom Fürsorgegedanken geprägt¹⁶⁶. Die Zweckbindung bzw. das Mindestmaßgebot sind auch für diese Art der umfassenden Pflegschaft zu beachten. Daher ist auch bei § 1910 I die Aufsichtsbedürftigkeit des Pflegebefohlenen positiv festzustellen. Ausschlaggebend wird in diesem Zusammenhang ebenfalls die Art des körperlichen Gebrechens sein.

1.4.2.5 Zusammengefaßt: der Dreiergruppe aufsichtsbedürftiger Personen - Minderjähriger, geistig und körperlich Gebrechlicher - steht gleichfalls eine Dreiergruppe¹⁶⁷ aufsichtspflichtiger Personen gegenüber: Eltern, Vormund und Pfleger. Dabei gibt es keine feste Zuordnung, wenn auch die Aufsichtspflicht der Eltern über das Kind die bei weitem häufigste ist. Theoretisch ist jedoch jede Gruppe der Aufsichtsbedürftigen mit jeder der Aufsichtspflichtigen kombinierbar, so daß es insgesamt neun Konstellationen von gesetzlichen Aufsichtspflichtverhältnissen geben kann. Dabei ist hervorzuheben, daß dann, wenn Vormundschaft und Pflegschaft über einen Volljährigen angeordnet sind, die Aufsichtspflicht als Gegenstück der Aufsichtsbedürftigkeit jeweils positiv festzustellen ist. Dies liegt an der einschränkenden Zweckbindung (§ 1901 I) des Personensorgerechts über den nicht mehr

¹⁶⁶ Vgl. Fn 154.

¹⁶⁷ Dabei sind die Eltern, ein - z.B. überlebender - Elternteil und die Mutter des nicht ehelichen Kindes zu einer Gruppe zusammengefaßt: sie sind natürliche und ursprüngliche Inhaber des elterlichen Sorgerechts.

unter elterlicher Gewalt (§ 1631 I) stehenden Volljährigen. Eine Kongruenz zwischen vormundschaftlicher Aufsichtspflicht und der Schadensverhinderungspflicht des § 832 tritt für den Entmündigungsgrund des § 6 I Ziff 3 (Trunk- und Rauschgiftsucht) für den Fall zutage, daß eine Sicherheitsgefährdung gegeben ist. Sowohl für die elterliche Aufsichtspflicht als auch für die des Vormundes oder Pflegers gilt jenes Mindestmaßgebot, d.h. die Verpflichtung, die Aufsichtsführung auf das notwendige Maß zu beschränken.

1.5 Die Beweislast

Auf Rosenberg¹⁶⁸ geht die Formulierung jenes das deutsche Zivilrecht beherrschenden Grundsatzes der Beweislastverteilung zurück, der - wenn auch mit unterschiedlicher Begründung¹⁶⁹ und in Nuancen abweichender sprachlicher Fassung - durchgängig Schrifttum¹⁷⁰ und Rechtsprechung¹⁷¹ beherrscht. Danach trägt eine Partei die Beweislast für solche Tatsachen, die notwendige Voraussetzungen für den gesetzlichen Tatbestand sind, aus der sie eine ihr günstige Rechtsfolge ableiten will. Für den Bereich der Un-erlaubten Handlungen bedeutet dies, daß der Kläger eine rechtswidrige Handlung zu beweisen hat, die zu einer Rechts- bzw. Rechtsgutverletzung führte, welche wiederum den Schaden nach sich zog. Darüber hinaus muß ein schuldhaftes Verhalten des Täters bewiesen werden¹⁷². Das Prinzip "keine Haftung ohne Verschulden" beherrscht das deut-

168 Rosenberg, Beweislast, S. 98ff

169 Statt vieler einerseits: Rosenberg, Beweislast, S. 12 u. 98, Fitting ZJP 13, 12 u. 41; andererseits Leipold, Beweislastregeln und Gesetzliche Vermutungen, Berlin 1966, Schriften zum Prozeßrecht, Bd 4, S. 35ff.

170 Stein-Jonas-Schumann-Leipold 19.A., § 282 IV 2 (S.148); Thomas-Putzo 9.A., Vorbem. 7 d zu § 284; Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann 35.A., Anhang zu § 282, Anm. 2, jeweils mwN.

171 ZB BGHZ 53, 250ff, 253

172 Esser-Schmidt, Schuldrecht, Bd I, Teilband 2, 5.A., 1976, § 33 VI (S. 201)

sche vertragliche wie auch außervertragliche Haftungsrecht (§ 276 I)¹⁷³. Andere Haftungsprinzipien als das Unrechts- bzw. Verschuldensprinzip sind dem Bürgerlichen Recht fremd¹⁷⁴. Der Grundsatz, daß nur für vorwerfbare rechtswidrige Verhaltensweisen eingestanden werden muß, ist auch bei § 832 durchgehalten worden. Eine Abweichung vom allgemeinen Prinzip ergibt sich nur insofern, als der Geschädigte nicht den gesamten objektiven und subjektiven Tatbestand zu beweisen braucht.

Die abweichende Beweislastverteilung wird dadurch erreicht, daß der Gesetzgeber dann, wenn der Aufsichtsbedürftige eine objektive Rechts- bzw. Rechtsgutsverletzung, die zum Schaden führte, beging, ein schuldhaftes Unterlassen der Aufsichtspflichtigen unterstellt. Nur insoweit wie jene gesetzliche Unterstellung reicht, ist die grundsätzlich beim Geschädigten liegende Beweislast verkürzt¹⁷⁵. Das Gesetz knüpft seine Vermutung an den Schadenseintritt. Das bedeutet jedoch nicht, daß jeglicher Schaden einschließlich des Vermögensschadens bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen zu ersetzen wäre. Eine den inneren und äußeren Bedeutungszusammenhang berücksichtigende Auslegung¹⁷⁶ läßt nur solche Schäden zu, die den Filter einer der Tatbestände der §§ 823ff passiert haben. Das bedeutet, nur der Schaden, der aufgrund der objektiven Verwirklichung eines Grund- oder Sondertatbestandes der §§ 823ff eingetreten ist, ist tatbestandsmäßiger Schaden¹⁷⁷. Nur, wenn der Kläger bis auf das Verschulden des Aufsichtsbedürftigen alles dargelegt hat, ist die Ausgangsbasis der gesetzlichen Unterstellung gegeben.

173 Zu den geistigen Grundlagen dieses Verschuldensprinzips, Jehring, Das Schuldmoment im römischen Recht, 1867, S. 40, Esser, Gefährdungshaftung, S. 45ff, 50ff.

174 Vgl. Esser Bd II, § 106 III (S. 392f).

175 Abweichend: Aden, Diss., S. 145ff, 150ff, 172; ders. MDR 1974, 9ff

176 Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 311ff.

177 Die Kommentierung ist bei Staudinger-Schäfer, § 832 Rdnr 81, in diesem Punkte zumindest mißverständlich. Richtig: Palandt-Thomas, § 832 Anm. 6 unter Hinweis auf NdsRPfl. 1974, 135 (OLG Oldenburg).

1.5.1 Die Rechtsnatur des Mittels, mit dem der Gesetzgeber die Umschichtung der Beweislast erreicht hat, ist streitig¹⁷⁸. Dabei ist der Streit teils zumindest auch terminologischer¹⁷⁹ Natur, teils grundsätzlicher¹⁸⁰ Art.

Vom Ergebnis bestehen keine wesentlichen Unterschiede in den Meinungen: der geschädigte Kläger gewinnt den Prozeß, wenn - erstens - die ursächliche Aufsichtspflichtverletzung feststeht und - zweitens - auch dann, wenn sie nicht feststeht (non-liquet-Fall); nur wenn - drittens - der Beklagte seiner Aufsichtsführungspflicht nachweislich nachgekommen ist, wird die Klage abgewiesen. Fall 1 und 3 entsprechen dabei den allgemeinen Regeln beim Rechtsfindungsvorgang¹⁸¹, wonach die Rechtsfolge zu bejahen ist, wenn alle Tatbestandsmerkmale "erfüllt" sind, sie hingegen zu verneinen ist, wenn auch nur ein notwendiges Merkmal fehlt. Folglich hat die in § 832 zur Anwendung gelangte Regel nur für den non-liquet-Fall Bedeutung: wenn nicht feststeht, ob das Tatbestandsmerkmal (hier: schuldhaftes Aufsichtspflichtverletzung) gegeben ist oder nicht¹⁸².

Bei der sich im Vorfeld der Subsumtion vollziehenden Tatsachenfeststellung sind regelmäßig drei Fälle denkbar: der Sachverhalt wird festgestellt, es wird eindeutig festgestellt, daß er nicht gegeben ist, es kann nicht aufgeklärt werden, ob er vorliegt. Wenn der Richter im letzten

178 Vgl. Rosenberg, Beweislast, S. 141, 200ff, 204, Leipold, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, S. 76ff, Plösz in Festschrift für Wach, 2. Bd, S. 1ff, 8f, 15, 21f, Fitting, ZZP 13, 76ff.

179 ZB wenn Rosenberg, aaO, S. 203, als wesentliches Merkmal einer gesetzlichen Tatsachenvermutung fordert, daß das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals aus einem tatbestandsfremden Umstand geschlossen wird. Warum soll ein Tatbestandsmerkmal nicht aus einem anderen zum Tatbestand gehörenden Merkmal erschlossen werden?

180 Plösz, aaO, S. 9, hält die Tatsachenvermutung für einen "zweiten" Tatbestand, der neben dem "idealen" Tatbestand die Rechtsfolge auslöse. Konsequenterweise ordnet er dann die gesetzliche Tatsachenvermutung allein dem materiellen Recht zu (S. 8, 21).

181 Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 255ff.

182 Vgl. Leipold (Fn 171), S. 32f.

Fall bei nicht aufgeklärtem Sachverhalt gleichwohl die Klage abweist, dann kann er dies nicht, weil ein Tatbestandsmerkmal nicht gegeben ist, sondern weil der Kläger nicht bewiesen hat, daß ein Tatbestandsmerkmal gegeben ist. Leipold¹⁸³ ist zuzustimmen, wenn er sagt, daß im non-liquet-Fall eigentlich die richterliche Tätigkeit paralysiert wäre: er müßte "die Parteien ohne Entscheidung nach Hause schicken". Wenn gleichwohl eine Entscheidung ergeht, d.h. wenn der non-liquet-Fall dem des eindeutigen Nichtvorliegens einer Tatsache gleichgestellt wird, dann muß dies auf außerhalb der materiell-rechtlichen Norm, deren Anwendbarkeit weder positiv noch negativ festgestellt werden konnte, liegenden Umständen beruhen. Es ist jene dem Kläger das Prozeßrisiko im non-liquet-Fall aufbürdende Regel, wonach jede Partei die Beweislast für Tatsachen zu tragen hat, die Voraussetzung für die Anwendbarkeit einer Norm sind, aus der eine Rechtsfolge begehrt wird. Wenn § 832 den geschädigten Kläger im non-liquet-Fall obsiegen läßt, so ist dies die Umkehrung der regelmäßigen Prozeßentscheidung bei nicht aufgeklärtem Sachverhalt. Mithin ist eine Zuordnungsfrage der in § 832 angewandten Regel geklärt: sie gehört nicht ins materielle¹⁸⁴ Recht, sondern ins Verfahrensrecht. Der jetzige § 832 geht in seiner Grundkonzeption im wesentlichen auf die Arbeit der zweiten Kommission zurück¹⁸⁵. Der ursprüngliche Entwurf erster Lesung kannte keine Abweichung¹⁸⁶ von der Konzeption der Grundtatbestände der

183 Vgl. Leipold (Fn 171), S. 32f.

184 Entgegen Plösz (Fn 171).

185 Vgl. die Gegenüberstellung des Entwurfs erster und zweiter Lesung bei Mugdan, Bd II, S. CXXIV.

186 Vgl. die Motive bei Mugdan, S. 410f: "Diese Regelung der Beweislast, wie sie der Abs. 1 zum Ausdruck bringt, entspricht allgemeinen Grundsätzen, insofern die Nichtführung der Aufsicht einen Teil des Tatbestandes des Deliktes bildet und der Beweis des Kausalzusammenhanges zwischen Schaden und Delikt dem Geschädigten obliegt. Daneben bleibt das Requisit der Verschuldung des Aufsichtspflichtigen (in Ansehung der Nichtführung der Aufsicht) bestehen. Der Entw. trifft aber hier so wenig als für den Schadensersatzanspruch

Unerlaubten Handlung. Allerdings scheint bereits bei den Arbeiten der ersten Kommission die allgemeinen Grundsätzen folgende "Regelung der Beweislast" in Frage gestellt worden zu sein. Man meinte jedoch, dieses Problem auf der Ebene der freien Beweiswürdigung lösen zu können¹⁸⁷. Auf Antrag der zweiten Kommission wurde die Struktur dann dahin geändert, daß "die Regelung der Beweislast" umgekehrt wurde¹⁸⁸. Der historische Gesetzgeber hat demnach in der Abänderung der Norm eine reine Beweislastumkehr gesehen. Dies wird auch in der Begründung zur Annahme des Abänderungsantrages deutlich¹⁸⁹. Daß es sich bei der Regelung

aus Delikten überhaupt die Bestimmung, daß der auf Er-satz des Schadens in Anspruch Genommene den Mangel einer diesfälligen Verschuldung darzutun habe, wenn auch die freie Würdigung des Beweises dazu führen mag, eine Verschuldung schon deshalb anzunehmen, wenn entschul-digende Tatsachen nicht vorliegen. Diese freie Beweis-würdigung genügt."

187 Wie vor. Fn am Schluß.

188 Protokolle bei Mugdan, Bd II, S. 1089: Der Antrag 1 kehrt ferner die im Entw. getroffene Regelung der Beweislast um, indem er dem Aufsichtspflichtigen den Exkulpationsbeweis auferlegt. - Ebenso Protokolle bei Achilles-Gebhard-Spahn, Bd II, Berlin 1898, S. 594.

189 Protokolle bei Mugdan, Bd II, S. 1090: Anlangend die nach dem Antrage 1 beschlossene Abänderung der Beweislast, so wurde hervorgehoben, daß es jedenfalls zweckmäßiger erscheine, von dem Aufsichtspflichtigen, der leicht im Stande sei, die Gründe seines Verhaltens darzulegen, die Erbringung des Entlastungsbeweises zu fordern, als von dem Beschädigten die Herbeischaffung der belastenden Momente. Der Beschädigte sei nach dem Entw. der Gefahr ausgesetzt, seines Anspruches schon deshalb verlustig zu gehen, weil es ihm nicht gelungen sei, die Nachlässigkeit des Aufsichtspflichtigen klarzustellen. Dem Wesen der Aufsichtspflicht als einer gesetzlichen Pflicht, die auch dem Beschädigten gegenüber bestehe, entspreche es auch, daß der Aufsichtspflichtige über das, was er zur Erfüllung seiner Verpflichtung getan habe, Rechenschaft ablegen müsse. Aus einer ähnlichen Erwägung habe die Kom. die zu § 708 Satz 2 beantragte Umkehrung der Beweislast gebilligt. Der Antrag 1 stehe in dieser Beziehung im Einklange mit dem Code dem Schweiz. Obli.R., dem bayr. und hess. Entw.; auch mehrere Regierungen hätten einen dahingehenden Wunsch geäußert. Fast wörtlich übereinstimmend die Protokolle bei Achilles-Gebhard-Spahn (wie vor. Fn), S. 595.

des § 832 um eine partielle Beweislastumkehr im Wege einer widerleglichen gesetzlichen Tatsachenvermutung handelt, wird auch durch eine dogmatische Untersuchung abgesichert¹⁹⁰.

Nach Schadenseintritt wird vermutet, daß der kraft Gesetzes Aufsichtspflichtige die gehörige Maßnahme der Aufsichtsführung unterlassen hat und daß bei genügender Aufsichtsführung der Schaden nicht eingetreten wäre. Dies kommt im Gesetz unmißverständlich durch die Formulierung zum Ausdruck: "Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn er seiner Aufsichtspflicht genügt oder wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde." Es wird folglich in § 832 nicht - nur - das Tatbestandsmerkmal, sondern auch die es ausfüllende Tatsache vermutet. Daher bedarf es auch keiner richterlichen Subsumtion der - vermuteten - Tatsache unter das gesetzliche Tatbestandsmerkmal¹⁹¹. Da auch die Behauptung der vermuteten Tatsache entfällt¹⁹², handelt es sich nicht um eine Beweislastregel oder eine bloße Beweisregel, die erst nach Behaupten einer Tatsache an diese anknüpft und daher die Behauptungslast unberührt läßt. Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, daß es sich bei der fraglichen Regelung in § 832 um eine in eine widerlegliche gesetzliche Vermutung gekleidete partielle Beweislastumkehr handelt.

1.5.2 Nachdem die Rechtsnatur der Beweislastumschichtung feststeht, ist der Weg frei für die Untersuchung der Frage, welche Tatbestandsteile von der Umkehr erfaßt sind. Was hat der Kläger, was der Beklagte zu beweisen? Es war schon dargelegt worden, daß die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes eines Grund- oder Sonderdelikts der §§ 823ff durch den Aufsichtsbedürftigen

190 Vgl. Leipold, aaO, S. 79ff, insbes. 85ff.

191 Leipold, aaO, S. 87; Rosenberg, aaO, S. 221

192 Leipold, aaO, S. 89; Rosenberg, aaO, S. 218; Plösz, aaO, S. 28f

vom geschädigten Kläger zu beweisen (und zu behaupten) ist. Was ist darüber hinaus vom Kläger zu beweisen?

Aus dem Gedanken der Schadensüberwälzung ergibt sich zwangsläufig, daß der geschädigte Kläger zunächst den für den Schaden Verantwortlichen, den Schädiger, namhaft zu machen hat. Tut er dies nicht, bleibt er mit seinem Schaden allein und muß ihn liquidieren¹⁹³. Das bedeutet für § 832, daß der Geschädigte den aus der Norm Anspruchsverpflichteten zu benennen hat. Dies sind die kraft Gesetzes Aufsichtspflichtigen, also die Eltern (bzw. ein Elternteil), der Vormund oder Pfleger. Bei der Erhebung der Klage ergibt sich dies aus einer von Amts wegen zu berücksichtigenden zwingenden Sachurteilsvoraussetzung (§ 253 II Ziff 1 ZPO), für die der Kläger die Beweislast hat¹⁹⁴. Darüber hinaus hat der Kläger die sog. Vermutungsbasis¹⁹⁵ zu beweisen. Diese hat derjenige zu beweisen, der die vermutete Tatsache zu beweisen hätte, wenn sie nicht vermutet würde¹⁹⁶. Die Vermutungsbasis ist in § 832 der Umstand, der als zurechnendes Prinzip für die Schadensüberwälzung dient: die gesetzliche Aufsichtspflicht. Die tatsächlichen Voraussetzungen, aus denen sich die Aufsichtspflicht ergibt, müssen zumindest konkludent behauptet und - wenn bestritten - bewiesen werden¹⁹⁷. Hat der anspruchsberechtigte Geschädigte also den durch den Aufsichtsbedürftigen verwirklichten objektiven Tatbestand eines Grund- oder Sonderdelikts der § 823ff bewiesen, hat er den Anspruchsverpflichteten namhaft gemacht und das gesetzliche Aufsichtspflichtverhältnis zumindest konkludent benannt, dann streiten die Vermutungen des § 832 für ihn. Damit ist auch gleichzeitig die Grenze abgesteckt, jenseits der sich der in Anspruch genommene Auf-

193 Vgl. Esser-Schmidt, Bd I, Teilbd 1, § 7 I (S. 68).

194 Vgl. Rosenberg, aaO, § 32 (S. 386ff).

195 Vgl. Leipold, aaO, S.88; Rosenberg, aaO, S.218; Plösz, aaO, S. 28, 33.

196 Stein-Jonas-Schumann-Leipold 19.A., § 292 I 4 c u. II 1 (S. 1190).

197 Das erscheint selbstverständlich, wenn z.B. die Eltern verklagt werden. Ist jedoch ein Dritter verklagt,

sichtspflichtige zu entlasten hat: bezüglich der Aufsichtspflichtverletzung und ihrer Kausalität in bezug auf die schadensstiftende Handlung des Aufsichtsbedürftigen.

1.5.3 Aden¹⁹⁸ hat den Versuch unternommen, der höchst-richterlichen Rechtsprechung nachzuweisen, diese Grenzlinie zwischen der dem Kläger und dem Beklagten obliegenden Beweislast nicht immer mit der notwendigen dogmatischen Strenge befolgt zu haben. Er gelangt zu dem Ergebnis, daß sich die Beweissituation des Klägers in der Prozeßpraxis nicht so günstig darstelle, wie dies der Konzeption des § 832 als einer Haftung für vermutetes eigenes Verschulden entspreche. In Wirklichkeit habe der Kläger nämlich mehr zu beweisen: einen Aufsichtsanlaß¹⁹⁹ sowie dessen Voraussiehbarkeit durch den Aufsichtspflichtigen²⁰⁰. Darauf wird der Schluß gezogen²⁰¹, die Rechtsprechung zu § 832 sei identisch mit der zu den Verkehrssicherungspflichten des § 823 I: das, was bei § 832 der zu beweisende Aufsichtsanlaß sei, sei bei § 823 I die zu beweisende Handlungspflicht. Demgemäß sei die Grenze, von der ab die Beweislastumkehr eingreife, zurückverlagert. Erst wenn der Kläger zusätzlich den Aufsichtsanlaß und seine Voraussiehbarkeit nachweise, griffen die Vermutungen ein.

Die Kritik Adens setzt bei einer Reihe von Entscheidungen ein²⁰², in denen der geschädigte Kläger unterliegt, obwohl die Eltern kaum mehr als die "Rechtsansicht", sie seien ihrer Aufsichtspflicht nachgekommen, vorgetragen hätten. Sämtliche von Aden an dieser Stelle zitierten Entscheidungen sind aber von einem Charakteristikum ge-

gehört zur Schlüssigkeit die Behauptung, dieser sei als Vormund, Pfleger oder aufgrund von § 832 II aufsichtspflichtig.

198 Aden, Diss., S. 145ff, 151ff, 172; ders. MDR 1974, 9ff

199 Aden, aaO, S. 145ff, 151/152

200 Aden, aaO, S. 154ff

201 Aden, MDR 1974, 12

202 Vgl. Aden, Diss., S. 146 (Fn1,2), S. 147 (Fn 1-5); BGH VersR 1965, 606.

kennzeichnet, das in verschiedenen Abwandlungen auftritt: es handelt sich jeweils um schadensstiftende Handlungen eines Kindes, die von außen (z.B. durch Dritte) unvermutet an das Kind herangetragen bzw. durch andere Umstände provoziert werden, um Ersthandlungen oder spontane Fehlreaktionen also. Die Eltern hatten sich durchgängig damit entlastet, daß für sie diese Handlung unerwartet geschehen sei, da das Kind bisher eine solche Handlung oder Reaktion nicht begangen und auch keinen Anlaß zu der Vermutung gegeben hatte, es würde eine solche Handlung begehen. Es ist Aden darin zuzustimmen, daß die Eltern wenig zu ihrer tatsächlichen Aufsichtsführung vorgetragen hatten²⁰³. Aber das konnten sie ja fallbezogen auch gar nicht, weil es sich um spontane Ersthandlungen handelte, die durch eine Aufsichtsführung kaum verhinderbar und durch präventive Erziehungsmaßnahmen nur bedingt beherrschbar sind. Die Eltern hatten jedoch in all diesen Fällen betont, daß sie kein Verschulden treffe, da das Kindesverhalten für sie nicht voraussehbar war. Damit war ihr Entlastungsbeweis gelungen. Ohne lange Ausführungen zu ihrer tatsächlichen Aufsichtsführung gemacht zu haben und ohne die Kausalität eines möglichen Unterlassens bestritten zu haben, haben sie das Heil ihrer Entlastung bei dem - im Tatbestandsaufbau - letzten Glied der Vermutung, dem Verschulden, gesucht. Der im Zivilrecht vorherrschende objektive Fahrlässigkeitsbegriff (§ 276 I 2)²⁰⁴ mag dazu beitragen, daß nicht mit der nötigen Schärfe zwischen objektiven Sorgfaltsverstoß und subjektiver Vorwerfbarkeit unterschieden wird. Dies gilt in besonderem Maße für die fahrlässige Unterlassungstat. Der objektive Sorgfaltsmaßstab ist in § 832 als das gehörige bzw. genügende Maß der Aufsichtsführung eingeflossen. Eine dieses Maß unterschreitende Aufsichtsführung ist aber nicht schon deshalb mit dem Schuldvorwurf der Fahrlässigkeit belegt.

203 Ausweislich der - allerdings zum Teil gekürzt - abgedruckten Urteilstatbestände.

204 Vgl. Esser, Bd I, § 38 (S. 244ff).

Zu Unrecht nimmt m. E. Aden eine Entscheidung des BGH²⁰⁵ zur Stützung seiner Meinung in Anspruch. Hier hatte der BGH im Gegensatz zur Vorinstanz den Entlastungsbeweis der Eltern als geführt angesehen. Es handelte sich um einen jener "Flitzbogenfälle". Der Vater hatte dem neunjährigen Sohn das Schießen mit dem Flitzbogen eindringlich verboten und dieses Verbot dadurch nachdrücklich unterstrichen, daß er den Bogen zerbrach. Gleichwohl schoß der Sohn etwa 6-9 Monate später mit einem Flitzbogen einem siebenjährigen Spielkameraden ein Auge aus. In der Zwischenzeit hatte er das Verbot des Vaters befolgt, so daß konkrete Überwachungsmaßnahmen bezüglich des Spiels mit Pfeil und Bogen nicht mehr erfolgten. Die Vorinstanz hatte den Entlastungsbeweis deshalb scheitern lassen, weil keine konkreten Überwachungsmaßnahmen und keine Mitteilung an die Mutter erfolgt waren. Nachdem der BGH den Entlastungsbeweis als gelungen ansah, kam es nunmehr auf einen Beweisantritt des Klägers in der Vorinstanz an, wonach die Dorfjugend allgemein mit Pfeil und Bogen zu spielen pflege und den Eltern dies bekannt sei oder zumindest bekannt gewesen sein mußte. Dieser Beweis ist jedoch lediglich Gegen- und nicht Hauptbeweis²⁰⁶, da er der Widerlegung tatsächlicher Behauptungen dient (§ 282 ZPO), hier: der gehörigen Aufsichtsführung. Er ist bereits erbracht, wenn er nur die Möglichkeit eines anderen Sachverhalts eröffnet, die Überzeugung des Gerichts von der Richtigkeit einer Gegenbehauptung erschüttert.

Aden führt weiter für die Richtigkeiten seiner Meinung, daß die Beweislast des geschädigten Klägers weiterreiche, d.h. daß die Vermutungen erst später zu seinen Gunsten zu streiten begännen, an, daß die Rechtsprechung sich vielfach und dezidiert damit auseinandersetze²⁰⁷, welche kon-

205 BGH JZ 1955, 500f

206 Vgl. Stein-Jonas-Schumann-Leipold 19.A., § 282 I 3b (S. 1142); Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht 11.A., § 113 II 4 (S. 587).

207 Vgl. Aden, Diss., S. 148/149, 150/151 mit den dort. Fn, ders. MDR 1974, 10.

kreten Maßnahmen der Aufsichtsführung den Eltern oblegen hätten. Diese Feststellung Adens ist richtig. Der Schluß jedoch, was vermutet werde, brauche nicht dargelegt zu werden, und, da es dargelegt werde, würden die gesetzlichen Vermutungen von der Rechtsprechung nicht befolgt, ist zwar denkgesetzlich richtig, verkennt m.E. aber Folgendes: Urteile werden auch für die Parteien geschrieben. Die Gerichte sind daher geneigt, den Eltern sozusagen ins Stammbuch zu schreiben, was die gehörige Maßnahme der Aufsichtsführung im Einzelfall gewesen wäre. Dies gilt insbesondere deshalb, weil es sich um ein Unterlassungsdelikt handelt. Im übrigen haben die Eltern regelmäßig Einiges zu ihrer Entlastung vorgetragen. Wenn dies das Gericht nicht für ausreichend hält, dann hat es zu begründen, warum es nicht reichte. Dies geht am leichtesten, indem die gehörige Maßnahme skizziert wird. Aus dem Vergleich zwischen dieser und der getroffenen Maßnahme ist dann das Mindestmaß ablesbar.

Im Ergebnis wird hier an dem oben (S. 68f) dogmatisch begründeten Umfang der Beweislast des aus § 832 klagenden Geschädigten festgehalten, da die von Aden gegebenen Begründungen für eine Ausdehnung der Beweislast in der Rechtsprechung zumindest nicht zwingend erscheinen.

1.6 Der Entlastungsbeweis

Der Entlastungsbeweis setzt an der Stelle ein, an der die Vermutungen für den Kläger zu streiten beginnen. Er ist auf die Ausräumung der gesetzlichen Vermutungen gerichtet. Er ist als Beweis des Gegenteils Hauptbeweis²⁰⁸. Inhalt und Grenzen der Vermutungen sind zu bestimmen, um den Gegenstand des Entlastungsbeweises zu ermitteln. Anschließend soll ausgehend von der historischen Rechtfertigung

²⁰⁸ Vgl. Stein-Jonas-Schumann-Leipold 19.A., § 292 II 2 (S. 1191), u. § 282 I 3c (S. 1143); Rosenberg-Schwab 11.A., Zivilprozeßrecht, § 113 II 4 (S. 587).

tigung der Exkulpationsverpflichtung die Frage beantwortet werden, ob der dogmatische Ansatzpunkt für die Beweislastumkehr heute noch zu überzeugen vermag oder ob er nicht den Rahmen der Verschuldenshaftung zu sprengen droht.

1.6.1 In Schrifttum²⁰⁹ und Rechtsprechung²¹⁰ wird durchgängig die Auffassung vertreten, § 832 stelle zwei Vermutungen auf: die der schuldhaften Aufsichtspflichtverletzung und die ihrer Ursächlichkeit in bezug auf den eingetretenen Schaden. Diese Aussage bedarf der Klärung.

Die erste Vermutung des § 832, die jener schuldhaften Aufsichtspflichtverletzung, ist nämlich in Wirklichkeit eine dreifache Vermutung: die des tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Unterlassens der gehörigen Aufsichtsführung. Dies folgt aus § 832 als eines ins Deliktsrecht integrierten Tatbestandes für vermutetes eigenes Verschulden (erg.: in bezug auf ein rechtswidriges Unterlassen genügender Aufsichtsführung). Daher kann sich auch der Entlastungsbeweis gegen jedes dieser Merkmale des dreigliedrigen Deliktsaufbaus richten. Es war bereits im Zuge der Auseinandersetzung mit der Meinung Adens dargelegt worden, daß sich der Entlastungsbeweis besonders bei spontanen Ersthandlungen häufig lediglich gegen die subjektive Zurechenbarkeit, die Schuldform der Fahrlässigkeit richtet. Ein Beispiel mag zeigen, daß sich der Entlastungsbeweis auch gegen das Deliktsmerkmal der Rechtswidrigkeit wenden kann. Der erwachsene Geschädigte hat kurz vor der schadensstiftenden Handlung in die Nichtaufsichtsführung seitens der Eltern ausdrücklich eingewilligt: zwei Jäger werden von dem Kind eines der beiden auf der Jagd begleitet. Bei einem getrennten Pirschgang nimmt der eine den Sohn des anderen mit. Dabei

209 Statt vieler: Esser, Bd II, § 110 I 2 (S. 431 f);
Larenz, Bd II, § 73 V (S. 571f).

210 S. RGZ 52, 69ff, 73, BGH FamRZ 1965, 75

mögen sinngemäß die Worte gegenüber dem Vater fallen: "Mache Dir keine Sorgen, ich werde auf Deinen Sohn schon Obacht geben." Im Verlauf des Pirschgangs kommt es zu einem Unfall, bei dem der Erwachsene zu Schaden kommt, weil sich aus dem Gewehr, das das Kind trägt, ein Schuß gelöst hat, nachdem es an Sicherung und Abzug hantiert hatte. Die Frage der Entlastung des Vaters spielt hier nicht erst auf der Ebene des Mitverschuldens des anderen eine Rolle. Während des getrennten Pirschganges hatte der Geschädigte in die zeitweilige Nichtaufsichtsführung eingewilligt, obwohl beide Erwachsenen um die Notwendigkeit der Aufsichtsführung wußten. Aufgrund der Einwilligung ist das Unterlassen der Aufsichtsführung nicht rechtswidrig.

Bei einer ähnlichen Fallkonstellation gewinnt ebenfalls die Frage der Einwilligung Bedeutung: wenn Vater und Sohn den Spielkameraden des Sohnes zu einem gemeinsamen Ausflug bei dessen Eltern abholen und Vater und Sohn - nicht ein Dritter²¹¹ - hierbei durch den mitgenommenen Spielgefährten geschädigt werden. Auch hierin liegt zumindest konkludent eine Einwilligung in die Nichtaufsichtsführung der Eltern, wenn z.B. aufgrund der Art des Ausflugs ein sogar gesteigertes Aufsichtsbedürfnis vorhanden und für die Eltern erkennbar war.

Schließlich kann sich der erste Entlastungsbeweis auch auf die Tatbestandsmäßigkeit des Unterlassens beziehen. Diese haftungsrechtliche Tatbestandsmäßigkeit ist nur dann gegeben, wenn neben der Rechtspflicht zum Handeln - hier: der familienrechtlichen Pflicht zur Aufsichtsführung - auch die tatsächliche Möglichkeit gegeben ist, die gehörige Aufsichtsmaßnahme als Konkretisierung der objektiven Sorgfalt wahrzunehmen²¹². Hierbei handelt es sich nicht um eine Frage subjektiver Nichtzurechenbar-

211 Eine vertragliche Übernahme der Aufsicht kommt hier nach ständiger Rechtsprechung nicht in Betracht. Sie hat im übrigen auch nur Bedeutung, wenn Dritte geschädigt werden.

212 Vgl. Esser, Bd I, § 9 I 2 (S. 60/61).

keit, die lediglich ein Verschulden ausschließt - wie etwa bei der Fallgruppe spontaner Erstschäden -, sondern um einen Tatbestandsmangel. Ein Beispiel mag dies wiederum verdeutlichen. Kinder werden von einer Jugendreise zurückkommend auf einem belebten und verkehrsreichen Platz im Zentrum einer Großstadt abgesetzt. Während zahlreiche Eltern ihre Kinder in Empfang nehmen, bleibt eines allein. Die in einer dörflichen Nachbargemeinde wohnenden Eltern wollten das mit den großstädtischen Verhältnissen nicht vertraute Kind ebenso wie die andern Eltern abholen, wurden aber unterwegs unverschuldet in einen Verkehrsunfall verwickelt. Das in den nächtlichen Großstadtstraßen umherirrende Kind verursacht einen Verkehrsunfall. Hier liegt ein Mangel im Tatbestand vor, der den Entlastungsbeweis bereits auf der Tatbestandsebene gelingen läßt.

Zusammengefaßt: die Vermutung schuldhafter Aufsichtspflichtverletzung ist in Wirklichkeit eine dreifache Vermutung. Sie vermutet die Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld nicht gehöriger Aufsichtsführung. Auf alle drei Merkmale des dreigliedrigen Deliktsaufbaus kann sich auch der Entlastungsbeweis beziehen.

1.6.2 Bezüglich der zweiten Ursächlichkeitsvermutung wird gemeinhin gesagt²¹³, sie vermute den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Verletzung der Aufsichtspflicht und dem Schaden. Auch diese Aussage bedarf der Klärung, da sie mißverständlich ist. Diese Formulierung wird gewonnen aus der positiven Umkehrformulierung der Negativ-Formulierung des Gesetzes: "Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, ... wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde" (§ 832 I 2). Wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung eingetreten wäre, so bedeutet dies aber noch nicht, daß der

213 Vgl. etwa Staudinger-Schäfer, § 832 Rdnr 81; Palandt-Thomas, § 832, Anm. 1."

Ursächlichkeitszusammenhang zwischen schuldhafter Aufsichtspflichtverletzung und Schadenseintritt vermutet wird. Die Zweitvermutung reicht nämlich nicht so weit. Sie betrifft nur die Kausalität zwischen Aufsichtspflichtverletzung und schädigender Handlung des Aufsichtsbedürftigen. Die weitere Kausalität zwischen dieser Handlung und dem Schaden - nämlich die haftungsbegründende Kausalität zwischen Handlung und Rechtsgutverletzung und die haftungsausfüllende zwischen Rechtsgutverletzung und Schaden - gehört zu dem von dem Aufsichtsbedürftigen verwirklichten Grund- oder Sonderdelikt der §§ 823ff. Deren Tatbestandsvoraussetzungen sind einschließlich der Kausalität bis auf das Verschulden von dem geschädigten Kläger zu beweisen²¹⁴. Erst wenn diese Voraussetzungen bewiesen sind, setzen die Vermutungen ein. Daher ist die gesetzliche Negativ-Formulierung richtig, wenn sie auch präziser folgendermaßen gefaßt werden könnte: "Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, ... wenn es zu der schadensstiftenden Handlung des Aufsichtsbedürftigen auch bei gehöriger Aufsichtsführung gekommen wäre." Keinesfalls braucht der Aufsichtspflichtige sich bezüglich der haftungsbegründenden und haftungsausfüllenden Kausalität des Grunddelikts zu entlasten. Zu dieser Auffassung könnte jedoch die unscharfe Aussage, die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schadenseintritt werde vermutet, Anlaß geben. Die Kausalität ist, da es sich um ein Unterlassungsdelikt handelt, hypothetischer Natur. Das bedeutet, die Maßnahme gehöriger Aufsichtsführung darf nicht hinzuge-dacht werden, ohne daß der Erfolg, d.h. die schadensstiftende Kindeshandlung entfielen. Oder: bei gehöriger Aufsichtsführung wäre es mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu der Kindeshandlung nicht gekommen²¹⁵.

214 So auch Staudinger-Schäfer (vor.Fn), die dort. Formulierung ist daher mißverständlich.

215 Vgl. Esser, Bd I, § 44 IV (S. 306f).

1.6.3 Die Beweislastumkehr stützt sich²¹⁶ im wesentlichen auf zwei Argumente. Das eine ist, "daß es jedenfalls zweckmäßiger erscheine, von dem Aufsichtspflichtigen, der leicht im Stande sei, die Gründe seines Verhaltens darzulegen, die Erbringung des Entlastungsbeweises zu fordern, als von dem Beschädigten die Herbeischaffung der belastenden Merkmale." Ein zweites unterstützendes Motiv besteht darin, daß es jedenfalls nach Ansicht des historischen Gesetzgebers "dem Wesen der Aufsichtspflicht als einer gesetzlichen Pflicht, die auch dem Beschädigten gegenüber bestehe, entspreche ..., daß der Aufsichtspflichtige über das, was er zur Erfüllung seiner Verpflichtung gethan habe, Rechenschaft ablegen müsse." Vermögen diese Motive heute noch zu überzeugen?

1.6.3.1 Das letztere Argument - das der Rechenschaftslegung - hat eine Entsprechung in einer anderen zivilrechtlichen Beweislastvorschrift: § 282. Bei bereits bestehender Verpflichtung hat der Schuldner sich zu entlasten, d.h. er trägt die Beweislast dafür, daß ihn kein Verschulden an der Unmöglichkeit der Leistung trifft. Ist der Schadensersatz nicht auf das "primär Geschuldete"²¹⁷ wie bei einer unerlaubten Handlung gerichtet, sondern beruht er auf einer sekundären Einstandspflicht, weil die primär geschuldete Leistung unmöglich wurde, dann braucht nicht der Geschädigte das Verschulden des Schädigers zu beweisen, sondern der Schädiger muß nachweisen, daß ihn kein Verschulden trifft. Die Beweislastumkehr des § 282 ergibt sich aus sinngemäßer Anwendung des Grundsatzes des "venire contra factum proprium": wer sich zur Leistung verpflichtet hat, muß dartun, daß ihn kein Verschulden trifft, wenn er zur Leistung nicht im Stande ist²¹⁸. Dieses Motiv, daß derjenige, der eine bereits

216 Vgl. Mugdan, Fn 182.

217 Esser, Bd II, § 106 I (S. 391)

218 Vgl. Motive bei Mugdan, Bd II, S. 26: "Als Grundsatz aber ist festzuhalten, daß der Schuldner, der sich auf Unmöglichkeit beruft, um sich von der Restitution bzw. der Ersatzpflicht zu befreien, immer sich exkulpieren muß."

bestehende Obligation verletzt, sich zu exkulpieren hat, hat auch bei § 832 Eingang gefunden; denn offenbar hat der historische Gesetzgeber die Aufsichtspflicht als "eine gesetzliche Pflicht, die auch dem Geschädigten gegenüber besteht", gesehen. Die Parallelität zwischen der Beweislastumkehr des § 282 und der des § 832 liegt also darin, daß sowohl derjenige, der eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung verletzt, als auch derjenige, der eine gesetzliche Obligation verletzt, sich zu exkulpieren hat, bzw. - mit den Worten des Gesetzgebers - Rechenschaft darüber abzulegen hat, was er zur Erfüllung seiner Verpflichtung getan hat. Dieses gesetzgeberische Motiv findet jedoch bei zeitgerechtem Verständnis des § 832 keine Rechtfertigung, denn der mit § 282 identische Ansatzpunkt war ja die bestehende - rechtsgeschäftliche oder gesetzliche - Verpflichtung gegenüber dem Geschädigten. Dieses vermeintliche Legalschuldverhältnis gegenüber dem geschädigten Dritten besteht jedoch nicht²¹⁹. Die Aufsichtspflicht gegenüber dem Kinde ist rein familienrechtlicher Natur und besteht nur ihm gegenüber. Nur der Ersatz des Schadens, der aufgrund der Verletzung einer familienrechtlichen Pflicht beruht, kann über § 832 begehrt werden. Da die Aufsichtspflicht nicht gegenüber Dritten besteht, fällt dieser Ansatzpunkt für die Beweislastumkehr, jenes vermeintliche Legalschuldverhältnis zwischen Aufsichtspflichtigen und geschädigtem Dritten, fort.

1.6.3.2 Auch das andere gesetzgeberische Motiv für die Beweislastumkehr, daß es nämlich dem Aufsichtspflichtigen leichter falle, sich zu entlasten als dem Geschädigten, belastende Umstände zusammenzutragen, ist zumindest teilweise fragwürdig. Man wollte verhindern, daß der Geschädigte seines Anspruchs "schon deshalb verlustig" gehe, weil es ihm nicht gelinge, "die Nachlässigkeit des Aufsichtspflichtigen klarzustellen"²²⁰.

219 Vgl. Jayme, aaO, S. 154.

220 S. Fn 182

Die Beweissituation des Geschädigten hat einen prinzipiellen Vorteil: er ist bei der Entstehung des Schadens regelmäßig zugegen gewesen. Er kennt oft Art und Ablauf der schadensstiftenden Handlung des Kindes und die Situation ihrer Entstehung. Wegen dieser Schadensnähe ist es ihm daher oft besser möglich, das elterliche Unterlassen darzulegen. Die Eltern kennen oft gar nicht die äußeren Umstände der Kindeshandlung. Entsprechend schwierig fällt es ihnen, zu beweisen, das getan zu haben, was verständige Eltern in dieser Situation getan hätten. Eine weitere Problematik kommt hinzu. Sie ergibt sich aus der - nach Altersgruppen unterschiedlichen - intellektuellen Überlegenheit des erwachsenen Geschädigten gegenüber dem Kind. Die das Geschehen nicht miterlebenden Eltern sind bereits bezüglich der in die Darlegungs- und Beweislast des Geschädigten fallenden Kindeshandlung auf die Darstellung des Klägers angewiesen. Stellt das Kind einen anderen Geschehensablauf dar, hat der Kläger möglicherweise bereits aufgrund seines Alters einen Glaubwürdigkeitsvorsprung. Die allgemeine menschliche Schwäche, Schäden gern von andern getragen zu sehen, kann bereits bei der Darstellung der Kindeshandlung zu einer Verlagerung der Verteidigungslinie der Eltern führen²²¹. Mit der Darlegung einer unerlaubten Kindeshandlung zwingt der Kläger die Eltern folglich nicht nur zur Entlastung, er kann darüber hinaus Art und Inhalt der Entlastung durch eine geschickte und für ihn günstige Darstellung der Kindeshandlung beeinflussen.

Diese beiden problematischen anspruchserhaltenden Umstände, die darauf beruhen, daß die Eltern beim Geschehensablauf oft nicht zugegen sind, werden nur dann neutralisiert, wenn andere Beweismittel zur Verfügung stehen. Die Beweislastumkehr erscheint nur dann gerechtfertigt, wenn der Schaden im häuslichen Überwachungsfeld der El-

221 Ganz zu schweigen von einer "anspruchsbegründenden" Darstellung der Kindeshandlung, wenn dem Kind ein Fehlverhalten unterstellt wird.

tern geschah.

Aufgrund zunehmender Mobilität der Jugend nimmt aber die Zahl externer Schäden zu. In diesen Bereich gehört einmal die Fallgruppe der Verkehrsunfälle mit Kleinkrafträdern. Zudem werden andere aber auch durch die Errichtung von Jugendzentren und ähnlichen Einrichtungen das Kind zunehmend dem häuslichen Überwachungsfeld entzogen.

Das französische Recht²²² hat seit Alters her die Haftung davon abhängig gemacht, daß das Kind bei den Eltern wohne²²³. Obwohl der Gesetzgeber bei den Beratungen auf den code civil der für die Elternhaftung auch die Beweislastumkehr vorsieht, Bezug nimmt²²⁴, hat er dieses haftungseinschränkende Merkmal der "Hauskinschaft"²²⁵ nicht aufgenommen. Dies läßt den Schluß²²⁶ zu, daß der Gesetzgeber die Anbindung an die Hauskinschaft absichtlich ausgeklammert hat. Wenn dies seinen Grund darin hatte, daß er nicht etwa dieses einschränkende Merkmal als selbstverständlich und damit überflüssig ansah, sondern gerade eine Haftung auch für nicht zuhause wohnende Kinder statuieren wollte, dann fehlte es bereits damals an einer inneren Rechtfertigung für die Beweislastumkehr in dieser Fallgruppe. Hat er es lediglich - weil selbstverständlich - als überflüssig erachtet, dann ist die Rechtfertigung durch zeitbedingte Umstände zunehmend in Frage gestellt worden. Auch die Hauskinschaft vermag als eingrenzendes Merkmal die Beweislastumkehr zumindest heute nicht auf jene Fallgruppe zu beschränken, bei der der Schaden im häuslichen Überwachungsfeld geschah. Sie konnte dies jedoch weitgehend vor dem historischen Hinter-

222 S. Art. 1384 IV (n.F. und a.F.) nachfolgend abgekürzt cc

223 Ausführlich: Aden, Diss., S. 57ff

224 Vgl. etwa die Protokolle bei Mugdan, Bd II, S. 1090

225 Diesen Begriff sowie "cohabitation" verwendet Aden, Diss., S. 57ff, in treffender Abkürzung. Der code formuliert: "... habitant avec eux."

226 Eine Begründung ist in den Materialien zum BGB - soweit ersichtlich - nicht vorhanden.

grund einer immobilen Jugend und ist auch heute noch in der Lage, einer Ausuferung der Elternhaftung wenigstens tendenziell entgegenzuwirken. Aus alledem ergibt sich eine zunehmende Fragwürdigkeit der Beweislastumkehr für eine immer größer werdende Fallgruppe von Kinderschäden.

1.6.4 Es war bereits mehrfach dargestellt worden, daß aufgrund unterschiedlicher Umstände die jetzige Konzeption des § 832 zur Gefährdungshaftung tendieren kann. Es ist überdies darauf hinzuweisen, daß § 832 partiell Gefährdungshaftung ist, und zwar in jener abstrakt definierbaren Fallgruppe, bei der den Aufsichtspflichtigen ein schuldhaftes Unterlassen nicht trifft, er dies aber nicht zu beweisen vermag. Die Nichtbeweisbarkeit einer Tatsache trifft ja noch keine Aussage über ihr tatsächliches Vorliegen. Daher ist der non-liquet-Fall immer von zwei möglichen Fallgestaltungen unterlegt: die zu beweisende Tatsache ist gegeben oder sie ist nicht gegeben. Ist ein Aufsichtsverschulden nicht gegeben, ist dies aber lediglich vom Aufsichtspflichtigen nicht beweisbar, so haftet er, ohne daß ihn ein Verschulden trifft. Eine außervertragliche Haftung ohne Verschulden ist aber Gefährdungshaftung²²⁷. In diesem Bereich ist dann die Haftung des § 832 für vermutetes eigenes Verschulden eben keine Verschuldenshaftung mehr. Ihre Rechtfertigung im System des deutschen Deliktsrechts wird zweifelhaft. Sie kann nur durch jenen Rest aufrechterhalten werden, der darin besteht, daß man nicht genau weiß, ob die Tatsache (des Aufsichtsverschuldens) nicht vielleicht doch gegeben ist. Daß die Nichtbeweisbarkeit einer Tatsache voll zu Lasten einer Partei geht, zeichnet den non-liquet-Fall im Allgemeinen aus. Anders als im regelmäßigen non-liquet-Fall, bei dem der geschädigte Kläger eine notwendige Tatsache nicht zu beweisen vermag und deshalb

227 Vgl. Esser, Gefährdungshaftung, S. 1ff; ders. Bd I, S. 71ff.

seines Anspruchs verlustig geht, hat bei § 832 der non-liquet-Fall nicht anspruchsverneinende, sondern anspruchsbegründende und damit haftungskonstitutive Bedeutung. Der Grundsatz, das derjenige, der einen erlittenen Schaden auf jemanden überwälzen will, die für die Inanspruchnahme des anderen notwendigen Voraussetzungen zu beweisen hat, ist in sein Gegenteil verkehrt: bei § 832 ist der Aufsichtspflichtige solange latent in Anspruch genommen, wie er sich nicht zu entlasten vermag. Er bleibt für den Schaden in Anspruch genommen, auch wenn er ihn nicht schuldhaft herbeiführte, er dies jedoch nicht zu beweisen vermag. Aus diesem Grunde hat die Beweislastumkehr des § 832 als Verfahrensregel materiell-rechtliche Wirkung. Für eine vom Gesetzgeber einkalkulierte Fallgruppe ist sie Gefährdungshaftung²²⁸, "nämlich außervertragliche Haftung ohne Verschulden"²²⁹. Daß aber eine wenn auch nur partielle Gefährdungshaftung der Eltern mit Art. 6 I GG kaum in Einklang zu bringen ist, hat bereits Jayme²³⁰ hervorgehoben. Auch hier zeigt sich, wie dringend § 832 der Reform bedarf.

1.7 Außerhalb von § 832 liegende, die
Beweissituation beeinflussende Umstände

1.7.1 Die Inanspruchnahme des Aufsichtspflichtigen wird über die Beweislastumkehr des § 832 hinaus durch § 830 I erleichtert. Einmal besteht eine Erleichterung darin, daß § 830 I 1 Aufsichtspflichtige gesamtschuldnerisch haften läßt, wenn eine gemeinschaftliche Schadens-

228 In diesem Zusammenhang ist rechtsvergleichend interessant, daß das franz. Recht keine positive Regelung der Gefährdungshaftung kennt, vielmehr die objektive Einstandspflicht über die Beweislastumkehr regelt.

229 Esser, Gefährdungshaftung, S. 1

230 Jayme, aaO, S. 153

verursachung vorliegt. Gemeinschaftlichkeit liegt nach heute²³¹ ganz h. M.²³² in Rechtsprechung und Schrifttum dann vor, wenn die strafrechtlichen Merkmale der Mittäterschaft, des bewußten und gewollten Zusammenwirkens gegeben sind. Haben folglich zwei Kinder in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken - z.B. durch gemeinsames Steine werfen - einen Schaden verursacht, dann sind beider Eltern für den Schaden verantwortlich. Es liegt hierin also eine Erweiterung des ersatzverpflichteten Personenkreises auf die Eltern des Mittäters²³³. § 830 II zieht zwei weitere Personengruppen mit in den Haftungsverbund ein: die Eltern von Anstifter und Gehilfen. Da § 830 I 1 und § 830 II sich offensichtlich an strafrechtlichen Teilnahmeformen anlehnen, die durchweg einen sog. doppelten Voratz voraussetzen, kann die Haftungserweiterung nicht an fahrlässige unerlaubte Kinderhandlungen anknüpfen. Nur bei entsprechender Vorsätzlichkeit werden die Kindeseltern ersatzpflichtig.

1.7.2 Eine einschneidende Beweiserleichterung für den Geschädigten bringt § 830 I 2: die Gleichstellung von möglicher mit erwiesener Kausalität. Sind mehrere an einer Tat beteiligt, so haften auch dann alle, wenn sich nicht ermitteln läßt, durch wessen Handlung der Schaden verursacht wurde. Der wesentliche Unterschied zwischen § 830 I 1 und 2 liegt in dem Anknüpfen an eine andere Form der Tatbeteiligung: Gemeinschaftlichkeit wie bei S. 1 ist bei S. 2 nicht erforderlich²³⁴. Die Erweiterung des ersatzpflichtigen Personenkreises durch § 830 I 2 beruht nicht auf dem Gedanken möglicher Mitverantwortlichkeit, sondern auf dem potentieller Eigenverantwortlichkeit.

231 Früher ist der Begriff der Gemeinschaftlichkeit zum Teil weiter verstanden worden: s. RGZ 58, 357 mwN.

232 S. BGHZ 8, 288ff, 292; 30, 203; Esser, Bd II, § 112 I 1a; Larenz, Bd II, § 68.

233 Esser, Bd II, § 112 I 1 (S. 446)

234 Vgl. Bauer, JZ 1971, 4ff.

Weder eine subjektive Verbundenheit noch Gleichzeitigkeit²³⁵ der Handlungen, nicht einmal die Kenntnis des Täters von der Handlung des anderen sind daher nach herrschender Meinung in Schrifttum²³⁶ und Rechtsprechung²³⁷ Voraussetzung für die Anwendung des § 830 I 2. Der Gesetzgeber hat mit § 830 I 2 Beweisschwierigkeiten überwinden wollen, die sich auf Grund des deutschen Deliktsrechts beherrschenden Verursachungsgrundsatzes ergeben. Er hat sich dazu einer widerleglichen Vermutung bedient: wenn der Geschädigte nicht nachweisen kann, wer von mehreren potentiellen Schädigern den Schaden verursacht hat, so bleibt diesem nur die Möglichkeit der Entlastung, d.h. des Nachweises der Nichtursächlichkeit seines Verhaltens. Auch § 830 I 2 hat daher eine Beweislastumkehr zum Gegenstand. Der eigentlich dem Geschädigten obliegende Nachweis der Kausalität wird ihm abgenommen. Dies ist an zwei Voraussetzungen geknüpft: die Handlung muß den Schadenseintritt verursacht haben können und der Geschädigte muß sich in Beweisnot befinden²³⁸.

In Verbindung mit § 832 bedeutet eine Anwendung des § 830 I 2 eine "kumulierte Beweislastumkehr"²³⁹. Der Geschädigte braucht nurmehr zu beweisen, daß die Kindeshand-

235 Vgl. hierzu Köndgen NJW 1971, 2281ff, gegen Deubner JuS 1962, 383ff, für den Fall der alternativen Kausalität. Der Auffassung Köndgens, der ein Nebeneinander von aktueller (also nachgewiesener) und potentieller Kausalität in § 830 I 2 ablehnt, ist wohl der Vorzug zu geben.

236 Vgl. Esser, Bd II, § 112 I 1b (S. 447); Bauer JZ 1971, 4ff, 6; Gernhuber JZ 1961, 152; Deubner JuS 1962, 383ff, 385; Bydliniski, JB1 1959, 12ff sowie durchgängig die Kommentierung zu § 830 I 2.

237 BGHZ 25, 271ff, 273/274

- NJW 1960, 862f

- JZ 1966, 29

- VersR 1967, 999

OLG Düsseldorf BB 1965, 1083

- Bamberg VersR 1968, 1069

- Stuttgart VersR 1969, 430

LG Essen VersR 1963, 100

238 Vgl. die instruktiven Beispiele bei Bauer JZ 1971, 4ff.

239 So Köndgen NJW 1970, 2282.

lung den Erfolg hätte herbeiführen können. Allen sonstigen Nachweisen ist er durch gesetzliche Vermutungen enthoben. Eine Kumulation der Kumulation tritt dadurch ein, daß die Kausalitätsvermutung des § 830 I 2 aufgrund des zweischichtigen Tatbestandsaufbaus des § 832 gleich zweimal einzugreifen vermag: einmal zwischen Kindeshandlung und dem eingetretenen Schaden, zum anderen aber auch zwischen Kindeshandlung und dem diese ermöglichenden Unterlassen der Eltern. Die Vermutung greift nicht nur dann ein, wenn nicht nachweisbar ist, welche von mehreren Kindeshandlungen den Schaden herbeigeführt hat, sondern auch, wenn nicht feststeht, wessen Unterlassen von mehreren Aufsichtspflichtigen die Kindeshandlung ermöglichte, also dann, wenn mehreren in Betracht kommenden Aufsichtspflichtigen der Entlastungsbeweis nach § 832 nicht gelungen ist, sich aber nicht ermitteln läßt, wessen Unterlassen kausal war.

Es war bereits ausführlich dargestellt worden, daß die Vermutung des § 832 nicht nur eine Verschuldensvermutung, sondern darüber hinaus eine Vermutung der (hypothetischen) Kausalität zwischen Elternunterlassen und hierdurch ermöglichter Kindeshandlung bedeutet. Die Kausalität eines einzelnen Unterlassens wird durch § 832 vermutet, die mögliche Kausalität mehrerer in Frage kommender Personen wird, wenn die Entlastung aller - z.B. beider in Gütertrennung lebender Elternteile - fehlschlägt, über § 830 I zur aktuellen Kausalität.

1.7.3 Die Verantwortlichkeit eines jeden, die § 830 statuiert, wird durch § 840 ergänzt. Die Nebeneinander-Verantwortlichkeit mehrerer (§ 830) wird durch § 840 sowohl im Verhältnis zwischen Geschädigtem und Verantwortlichem als auch in dem der Verantwortlichen untereinander durch Verweis präzisiert: Die Verantwortlichen haften als Gesamtschuldner (§ 840 I). Der Geschädigte kann also von jedem der Verantwortlichen den gesamten Schaden ersetzt verlangen, wenn auch nur einmal (§ 421).

Die Verantwortlichen sind untereinander zum Ausgleich verpflichtet²⁴⁰. Der von § 840 I aufgestellte Grundsatz, daß im Außenverhältnis jeder voll, im Innenverhältnis jedoch nur zu gleichen Anteilen haftet, gilt also auch für § 832, wenn z.B. die Eltern mehrerer schädigender Kinder zum Ersatz herangezogen werden. Eine Abweichung von diesem Grundsatz gilt dann, wenn die Elternhaftung des § 832 mit der Billigkeitshaftung des § 829 zusammentrifft (§ 840 II). Sind sowohl die Eltern aufgrund von § 832 als auch das Kind für den Schaden verantwortlich, so haftet im Innenverhältnis ("in ihrem Verhältnis zueinander") der Aufsichtspflichtige allein.

Das Verhältnis von § 840 II zu §§ 829/832 ist klärungsbedürftig. Wann haftet im Sinne von § 840 II das Kind "neben" seinen Eltern, wo seine Haftung doch subsidiär ist, d.h. die Ersatzpflicht nur eintritt, wenn Ersatz von den Eltern nicht erlangt werden kann (§ 829)? Die die Subsidiarität begründende Tatbestandsvoraussetzung des § 829 scheint im Widerspruch zum Tatbestandserfordernis der Nebeneinander-Verantwortlichkeit des § 840 II zu stehen. "Sofern Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann", wird durchgängig²⁴¹ so verstanden, daß dieser Ausfall sowohl auf rechtlichen als auch auf tatsächlichen Gründen beruhen kann. Der Fall, daß § 832 aus rechtlichen Gründen ausfällt, interessiert bei § 840 II nicht: liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 832 nicht vor, ist eine Nebeneinander-Verantwortlichkeit im Sinne von § 840 II nicht gegeben. Nur wenn aus tatsächlichen Gründen Ersatz nicht erlangt werden kann, d.h. wenn eine Ersatzpflicht der Eltern nach § 832 gegeben ist, der Schadensersatz aber aus tatsächlichen Gründen - im wesentli-

240 Einige Sonderprobleme des § 840 sollen hier unerörtert bleiben: zum mitwirkenden Verschulden vgl. Koch NJW 1967, 181ff, Keuck AcP 168, 202ff, Dunz JZ 1955, 727; zur Wirkung vertraglicher Haftungsausschlüsse BGHZ 13, 213ff, 218, Keuck AcP 168, 176ff, Böhmer MDR 1968, 13.

241 Vgl. Staudinger-Schäfer, § 829 Rdnr 58; Soergel-Siebert-Zeuner, § 829 Rdnr 4; Palandt-Thomas, § 829 Anm. 2.

chen wohl wegen Vermögenslosigkeit - nicht realisiert werden kann, tritt ein Nebeneinander von § 829 und § 832 ein. Der Ausfall beim "aufsichtspflichtigen Dritten" ist negatives Tatbestandsmerkmal²⁴² und deshalb auch vom Kläger zu beweisen. Hierzu bedarf es allerdings keiner Vorauklage gegen den Dritten, es genügt der Beweis in demselben Verfahren. § 840 II verbindet § 829 und § 830 in widersprüchlicher Weise: immer dann, wenn Ersatz beim aufsichtspflichtigen Dritten wegen Vermögenslosigkeit nicht zu erlangen ist und deshalb der Aufsichtsbedürftige nach § 829 haftet, haftet im Innenverhältnis der Aufsichtspflichtige allein. Das bedeutet in der praktischen Konsequenz, daß sich die vermögenslosen Eltern zeitlebens dem vollen Ausgleichsanspruch ihres vermögenden Kindes ausgesetzt sehen: ein fragwürdiges Ergebnis. § 840 II begründet in Abweichung von § 426 I 1 einen vollen Ausgleichsanspruch in der Höhe, in der der Minderjährige nach Billigkeit gem. § 829 herangezogen wurde²⁴³, denn bezüglich des Innenverhältnisses bestimmt § 840 II "etwas anderes" im Sinne von § 426 I 1. Dieses Ergebnis wird um so fragwürdiger, als die volle Haftung nach innen ja auch den Vormund oder Pfleger trifft, bzw. denjenigen, der "durch Vertrag" (§ 832 II) die Aufsichtsführung übernommen hat. Demgegenüber steht den Aufsichtspflichtigen ein Ausgleichsanspruch nicht zu, auch wenn ihnen nur leichte Fahrlässigkeit zur Last gelegt wird, der Minderjährige aber dolos handelt.

242 Eine ähnliche Subsidiaritätsklausel ist § 839 I 2.
243 Vgl. Staudinger-Schäfer, § 840 Rdnr 108ff.

2 Die Verantwortlichkeit nach § 832 II

Mit der Formulierung, daß die gleiche Verantwortlichkeit denjenigen treffe, welcher die Führung der Aufsicht durch Vertrag übernommen habe, verweist § 832 II auf § 832 I. Es handelt sich also um einen sog. verweisenden Rechts-satz²⁴⁴. Wenn die Verpflichtung zur Aufsichtsführung nicht auf gesetzlicher Zuweisung, sondern auf vertraglicher Übernahme beruht, dann hat der rechtsgeschäftlich Verpflichtete in gleicher Weise für Schäden einzustehen, wie ein durch Gesetz zur Aufsichtsführung Verpflichteter.

2.1 Das Verhältnis von gesetzlicher zu vertraglicher Aufsichtspflicht

Wie verhalten sich gesetzliche und vertragliche Aufsichtspflicht zueinander? Im wesentlichen geht die heutige Fassung des § 832 II bereits auf den Entwurf erster Lesung zurück²⁴⁵. Bei dieser Fassung ging man davon aus, daß die vertragliche Aufsichtspflicht eine derivative ist, d.h. eine sich aus der gesetzlichen Aufsichtspflicht ableitende. Eine originär vertraglich begründete Aufsichtspflicht war danach keine vertragliche Aufsichtspflicht im Sinne von § 832 II²⁴⁶. Daß die vertragliche Aufsichtspflicht ihren Ursprung in der gesetzlichen hat und nur der gesetzliche Träger sie auf einen gesetzlich Nicht-verpflichteten rechtsgeschäftlich überträgt, scheint denn auch in der heutigen Formulierung des § 832 II, im Verb "übernommen", anzuklingen. Eine derartige Deutung widerspricht indes dem Willen des historischen Gesetzgebers. Dieser hat nämlich durch den Austausch des Tatbe-

244 Hierzu: Larenz, Methodenlehre, S. 243

245 Vgl. die Gegenüberstellung bei Mugdan, Bd II, S.CXXIV; im Bericht der XII. Kommission des Reichstages vom 12.6.1896 heißt es dann, daß ohne Widerspruch die Worte "für den kraft Gesetzes Verpflichteten" durch die Worte "durch Vertrag" ersetzt worden seien (Mugdan, Bd II, S. 1300).

246 Wenn z.B. die Eltern mit dem volljährig gewordenen Sohn vereinbaren wollen, daß sie noch ein weiteres Jahr die Aufsicht führen.

standsmerkmals "für den kraft Gesetzes Verpflichteten" durch "durch Vertrag" zweierlei klarstellen wollen²⁴⁷: einmal sollte eine Abgrenzung zur rein tatsächlichen Übernahme der Aufsichtsführung erfolgen und zum anderen sollte der vertraglich zur Aufsichtsführung Verpflichtete auch dann haften, wenn es an einem gesetzlich Verpflichteten fehlt. Kann dies bedeuten, daß auch eine originär vertragliche Begründung der Aufsichtsführung Anknüpfungspunkt einer Haftung ist? Das Tatbestandsmerkmal "übernimmt" vermag jedenfalls nicht zwingend dagegen zu sprechen, da der allgemeine Sprachgebrauch unter "Übernahme" auch das erstmalige Eingehen einer vertraglichen Verpflichtung erfaßt. Das Schrifttum ist, soweit es auf diese Frage überhaupt eingeht, der Meinung²⁴⁸, daß eine Haftung nach § 832 II auch dann in Frage kommt, wenn die Aufsichtspflicht erstmalig durch Vertrag begründet wird, ohne daß eine gesetzliche Pflicht zur Aufsichtsführung bestand. Diese sich in Übereinstimmung mit der Reichstagskommission befindliche Meinung bedarf der Überprüfung.

Auf den ersten Blick scheint eine auf Vertrag beruhende, der gesetzlichen Verpflichtung entbehrende Aufsichtsführung zu bestehen, da die freiwillige Verpflichtung demokratischen Grundregeln eher zu entsprechen vermag als die gesetzliche Anordnung. Dabei wird eine vertragliche Begründung durch verschiedene Vertragskonstruktionen für zulässig erachtet²⁴⁹: z.B. als Vertrag zugunsten des Aufsichtsbedürftigen, mit dem Aufsichtsbedürftigen, auch als stillschweigender Vertrag, wenn der Aufsichtsbedürftige längere Zeit im Haushalt aufgenommen wird. Der hinter dieser Auffassung zu § 832 II stehende Gedanke liberaler Fürsorge ist ebenso gefällig wie gefährlich. Die Pflicht zur Aufsichtsführung kann leicht zu einer Machtstellung, zu einer Beherrschung eines Menschen durch einen

247 Mugdan, Bd II, S. 1300/1301; diese Fassung geht auf einen Beschluß der Reichstagskommission zurück, nachdem ein entsprechender Antrag der II. Kommission abgelehnt worden war.

248 Staudinger-Schäfer, § 832 Rdnr 35-37

249 Staudinger-Schäfer, § 832 Rdnr 37-42

anderen werden. Ein solches Beherrschungsrecht ist unserm Grundrechtsverständnis (Art. 1 I, Art. 2 II 2 GG) fremd. Zur Verleihung einer solchen Rechtsstellung erscheint die Mitwirkung staatlicher Stellen dringend geboten. Dabei geht es nicht um den Schutz Minderjähriger, denn bei ihnen kommt eine vertragliche Begründung der Aufsichtsführung nicht in Betracht; bei ihnen wird die gesetzlich bestehende Pflicht lediglich übertragen. Hier handelt es sich vielmehr vorrangig um den Schutz älterer und ältester bzw. geistig oder körperlich kranker Menschen, bei denen die Übertragung bzw. Aufgabe ihnen zustehender Freiheitsräume der Kontrolle bedarf. Nur Vormundschafts- bzw. Familiengericht (§ 23 b n.F. GVG) sollten dazu berufen sein, die Aufsichtsbedürftigkeit aufgrund geistiger oder körperlicher Gebrechen festzustellen. Die daraufhin angeordnete Aufsichtsführung des Vormundes oder Pflegers ist dann eine gesetzliche Pflicht. Sie kann durch Vertrag ganz oder teilweise z.B. auf ein Pflegeheim übertragen werden. Im Ergebnis sei daher festgehalten: der Schutz der Persönlichkeits- und Freiheitsrechte aufsichtsbedürftiger erwachsener Menschen verbietet eine privatrechtliche Begründung der Aufsichtsführung. Die vormundschafts- oder familiengerichtliche Anordnung der Aufsichtsführungspflicht des Vormundes oder Pflegers hat sich an den *numerus clausus* der Anordnungsgründe in § 832 I - der körperlichen und geistigen Gebrechen - zu halten. Nur Vormund oder Pfleger können die gesetzliche Pflicht übertragen. Entgegen der Absicht des historischen Gesetzgebers kann daher die vertragliche Aufsichtsführung nur eine derivative, sich aus der gesetzlichen ableitende Verpflichtung sein. Insofern bedarf § 832 II einer dem heutigen Grundrechtsverständnis Rechnung tragenden, den subjektiv historischen Willen des Gesetzgebers²⁵⁰ überwindenden Interpretation. Der Wortlaut der Norm spricht eher für als gegen dieses Normverständnis ("übernimmt").

Die Bezugnahme des § 832 II auf § 832 I betrifft nicht lediglich die Rechtsfolge, sondern den gesamten Tatbestand einschließlich des S. 2. Die differenzierende Funktion des § 832 II liegt lediglich in der Ergänzung des weiteren Tatbestandsmerkmals "durch Vertrag". Der Gesetzgeber hätte ebenso einen anderen gesetzestechnischen Weg beschreiten können, indem er beide Absätze zusammengezogen und formuliert hätte: "Wer kraft Gesetzes oder vertraglicher Übernahme"

Hieraus ergibt sich eine weitere Konsequenz: die familienrechtliche Aufsichtspflicht läßt sich durch Rechtsgeschäft mit Dritten inhaltlich nicht verändern. Sie dient dem Wohle des Kindes bzw. Aufsichtsbedürftigen und behält diese Zweckbindung auch in der Person eines Dritten. Aus dieser inhaltlichen Identität folgt jedoch nicht, daß die Aufsichtspflicht nur "in toto" übertragen werden könnte. Bereits die Motive²⁵¹ der ersten Kommission gehen davon aus, daß eine Nebeneinander-Verantwortlichkeit von gesetzlich und vertraglich Aufsichtspflichtigen bestehen könne. Die Übertragung kann z.B. zeit- oder raumbezogen sein, sie kann sich beschränken auf bestimmte Gelegenheiten oder Tätigkeiten des Aufsichtsbedürftigen (z.B. bei der Ausübung einer gefährlichen Sportart) oder eine Kombination derartiger Merkmale zum Gegenstand haben. Wenn auch die Aufsichtspflicht ausschnittartig übertragen werden kann, so müssen doch die beim Übertragenden verbleibenden und vom Übernehmer übernommenen Teile der Pflicht in ihrer Gesamtheit inhaltsgleich mit der ursprünglich einheitlichen, sich aus dem Sorgerecht ergebenden familienrechtlichen Pflicht sein (§§ 1626, 1631). Bei einer nur teilweisen Übertragung der Aufsichtsführung ist denkbar, daß sowohl der gesetzlich als auch der vertraglich Verpflichtete nebeneinander als Gesamtschuldner haften, wenn sich z.B. nicht ermitteln läßt, in wessen Verantwortungsreich die schädigende Kindeshandlung fiel (§§ 830 I 2, 840 I).

251 Bei Mugdan, Bd II, S. 441.

2.2 Das Problem der vertraglichen Übernahme der Aufsichtsführung und seine Ausprägung in der Rechtsprechung

Die Tatbestandsprobleme sind wegen der umfassenden Bezugnahme des § 832 II auf § 832 I die gleichen. Ein Verweis sei daher gestattet. Erörterungsbedürftig ist das Tatbestandsmerkmal der Übernahme "durch Vertrag", bzw. die Voraussetzungen, die die Rechtsprechung für einen vertraglichen Übergang der Aufsichtspflicht auf einen Dritten fordert. Der Austausch der Tatbestandsmerkmale "für den kraft Gesetzes Verpflichteten" durch "durch Vertrag" bezweckte auch die Klarstellung, daß "Abs. 2 diejenigen treffen will, welche die Beaufsichtigung vertragsmäßig übernommen haben, nicht dagegen solche Personen, welche etwa nur tatsächlich sich der Beaufsichtigung unterzogen haben, ..." ²⁵². Der Wille des Gesetzgebers ist klar zum Ausdruck gekommen: er wollte offensichtlich eine Schadensverantwortlichkeit nur statuieren, wenn eine vertragliche Bindung besteht und damit all jene Fälle aussondern, bei denen die Übernahme der Aufsichtsführung auf einem außerrechtlichen, tatsächlichen Gefälligkeitsverhältnis beruht. Als typische Verträge, die zumindest auch die Führung der Aufsicht zum Gegenstand haben, sind z.B. anzusehen ²⁵³: Verträge mit Trägern von Kindergärten und -heimen, Internaten, Heil- und Pflegeanstalten. Des öfteren hatte sich jedoch die Rechtsprechung mit Fällen zu beschäftigen ²⁵⁴, bei denen das Vorliegen eines Vertrages zweifelhaft war. In Anlehnung an die Intention

252 Bericht der XII. Kommission des Reichstages v. 12.6.1896 bei Mugdan, Bd II, S. 1300/1301

253 Vgl. auch die beispielhafte Aufzählung bei Staudinger-Schäfer, § 832 Rdnr 40-42.

254 S. den eingangs zit. "Feldstecher-Fall", BGH FamRZ 1968, 587: des weiteren etwa:

BGH VersR 1965, 48

BGH FamRZ 1964, 505

BGH VersR 1956, 520

BGH VersR 1957, 370

RG Seuff. A. 89, 39 = Warn Rspr 1934, Nr. 155

OLG Celle VersR 1969, 333

OLG Nürnberg VersR 1961, 571

des historischen Gesetzgebers stand im Mittelpunkt die Abgrenzung zwischen tatsächlicher und vertraglicher Übernahme der Aufsichtsführung. Es war bereits einleitend angedeutet worden, daß das, was der BGH in der zentralen Entscheidung zu dieser Frage, dem sog. "Feldstecher-Fall"²⁵⁵, zur Unterscheidung zwischen "freiwilliger tatsächlicher" und vertraglicher Übernahme sagt, nicht unwidersprochen bleiben kann. Dabei ist der dogmatische, in der Rechtsgeschäftslehre wurzelnde Ansatzpunkt des BGH, wonach ein Übernahmevertrag auch stillschweigend geschlossen werden kann, nicht zu beanstanden. Auf Kritik müssen aber die Umstände stoßen, die der BGH fordert, damit das schlüssige Verhalten oder Schweigen der Beteiligten²⁵⁶ den äußeren Erklärungstatbestand einer Willenserklärung erfüllt, und die in den Kernsatz der Entscheidung eingeflossen sind, daß eine vertragliche Übernahme der Aufsichtsführung regelmäßig nur dann angenommen werden könne, "wenn es sich um eine weitreichende Obhut von längerer Dauer und weitgehender Einwirkungsmöglichkeit" handele²⁵⁷. Weiter führt der BGH aus, eine vertragliche Übernahme scheide dann aus, "wenn es sich um Einzelfälle auf kürzere Zeit handelt, mit denen die Aufwendung von Kosten nicht verbunden ist," Auffallend an der Argumentation des BGH ist auch, daß im Vordergrund der Erörterung die Frage steht, ob eine "Haftung übernommen" worden war, und nicht - wovon § 832 II ausgeht -, ob die Aufsicht übernommen wurde. Offensichtlich versucht der BGH, seine Entscheidungen von der Rechtsfolge her zu begründen und nicht mit dem sie auslösenden Tatbestand. Dies hat zur Folge, daß - der Intention des § 832 zuwider - die Person des Schädigers in den Vordergrund rückt und nicht die des Geschädigten. Die Frage nach dem Versichertsein des Schädigers wird so als scheinbares Tatbestandsmerkmal entscheidungserheblich.

255 FamRZ 1968, 587 = NJW 1968, 1874

256 Vgl. Bichel NJW 1972, 808.

257 FamRZ 1968, 588

Die Nachbarin, der von der Mutter eines Vierjährigen während eines gemeinsamen Einkaufsbummels an einer belebten und verkehrsreichen Straßenkreuzung das Kind anvertraut wird, um einen kurzen Gang in ein Geschäft zu tätigen, handelt im rechtsfreien Raum, wenn sie das Kind einfach losläßt und dieses vor ein Auto läuft? Es ist einzuräumen, daß die vom BGH ins Feld geführten Merkmale Indizcharakter für die Abgrenzung zwischen Vertrag und Gefälligkeit besitzen. Sie sind jedoch keine zwingenden oder auch nur "regelmäßigen" Voraussetzungen für die Annahme eines Vertrages. Wenn sie vorliegen, ist mit großer Wahrscheinlichkeit ein Vertrag zustande gekommen, wenn sie nicht gegeben sind, kann aber gleichwohl eine Übernahme der Aufsichtsführung vereinbart worden sein.

Das Merkmal der Entstehung von Kosten bei der Übernahme der Aufsichtsführung und der - wenn auch unausgesprochen - dahinter stehende Gedanke der Entgeltlichkeit ist im deutschen Recht kein "Seriösitätsindiz"²⁵⁸, es kennt auch nichtgegenseitige Verträge. Die do-ut-des-Beziehung ist anders als im Common Law Englands oder der Vereinigten Staaten keine Vertragsvoraussetzung²⁵⁹. Für den nicht-synallagmatischen Übernahmevertrag spielt folglich die Frage der Entstehung, Überwälzung oder Bezahlung von Kosten keine Rolle. Entsprechend gering ist die Indizwirkung für die Frage, ob eine unverbindliche Gefälligkeit oder ein Vertrag zustande gekommen ist. Erst recht ist die Entstehung von Kosten weder regelmäßig noch ausnahmsweise eine Voraussetzung für einen Übernahmevertrag im Sinne von § 832 II.

Wenn der BGH eine durch zwei weitere Merkmale bestimmte weitgehende Obhut für die konkludente Übertragung der Aufsichtsführung verlangt, dann ist er offenbar der Meinung, daß die Aufsichtsführung allein nicht Gegenstand

258 S. hierzu Zweigert JZ 1964, 349ff; Schwerdtner NJW 1971, S. 1673ff

259 Vgl. Esser, Bd I, § 16 (S. 103ff).

einer konkludenten Übertragung sein kann, denn das qualifizierende Merkmal einer weitreichenden Obhut wird vom Wesen der Aufsichtsführung nicht vorausgesetzt. Zwar dient die Aufsichtsführung, wie bereits dargelegt wurde, dem Wohle des Kindes in dem Sinne, daß sie einer freien Entfaltung der Kindespersönlichkeit möglichst wenig im Wege stehen darf, sie kann sich jedoch gleichwohl in einer nur äußeren und kurzfristigen, unmittelbaren oder mittelbaren Schaden vom Kinde abwehrenden Aufsichtsmaßnahme erschöpfen. Zur Übernahme von Erziehungsaufgaben ist eine weitreichende Obhut von längerer Dauer und weitgehender Einwirkungsmöglichkeit sicherlich erforderlich; eine derartige, zumindest partielle Eingliederung in einen anderen Lebenskreis wird von der Aufsichtsführung nicht verlangt. § 832 knüpft aber ausdrücklich nicht an die Erziehungs-, sondern die Aufsichtspflicht an. Die Aufsichtsführung steht auch mit keinem anderen Teil des Personensorgerechts in so enger Verbindung, daß es nur mit diesem übertragen werden könnte. Daher läßt sich die Meinung des BGH nicht halten, daß eine vertragliche Übernahme der Aufsichtsführung "regelmäßig" dann ausscheide, wenn keine weitreichende Obhut - und das kann ja nur heißen, eine weitreichende, über die Aufsichtsführung hinausgehende und andere Ausschnitte des Personensorgerechts umfassende Obhut - gegeben sei. Die Fälle, in denen ein Bedürfnis besteht, die Aufsichtsführung - und nur diese - zu übertragen, sind gar nicht so selten. Nimmt beispielsweise der Vater sein Kind mit zum Baden an einen Baggersee, holen sie auf dem Wege dorthin den Spielkameraden an dessen elterlicher Wohnung ab und geben dessen Eltern ihrem Sohn die Ermahnung mit auf den Weg, die Anordnungen des begleitenden Freundesvaters zu befolgen, da das Baden im Baggersee nicht ungefährlich sei - ein in Abwandlungen sicher häufig vorkommender Falltyp -, so sollte dies ein geradezu typischer Fall für die konkludente Übertragung und Übernahme der Aufsichtspflicht, nur dieser, ohne Übertragung anderer Teile des Personensorgerechts sein. Kommt es

dann zu einem Badeunfall, bei dem der Spielkamerad ertrinkt, weil der begleitende und sich vom Baggersee entfernende Vater die Kinder nicht beaufsichtigte, so hat er nach § 832 II einzustehen. Wenn der Vater unter solchen Umständen den Spielkameraden seines Sohnes mit zum Baden nimmt, dann stellt sich sein Handeln unter objektiver Betrachtungsweise²⁶⁰ als Übernahme der Aufsichtsführung dar. Allen Beteiligten muß bei einer solchen Fallgestaltung bewußt sein, daß es gerade auf die Übernahme der Aufsichtsführung ankam. Ohne die Aufsicht eines Erwachsenen hätte kein Elternteil ihr Kind allein zum Baggersee fahren lassen. In den Fällen der Mitnahme eines Kindes zu Ausflügen oder Veranstaltungen, die zusätzliche Gefahren mit sich bringen, oder bei der Beaufsichtigung eines Kindes durch einen Dritten in einer gefährlichen Situation (verkehrsreiche Straßenkreuzung) ist die Aufsichtsführung so vorrangig und von so - für die Beteiligten erkennbar - grundlegender Bedeutung, daß sie rechtliche Verbindlichkeit besitzen muß. Würden die Eltern in Kenntnis der gefährlichen oder Gefahr erhöhenden Umstände ihr Kind der unverbindlichen Gefälligkeit, dem Wohlverhalten einer dritten Person überlassen und es damit rechtlich aufsichtslos stellen, so bedeutete dies eine an Aussetzung grenzende Preisgabe. Sie macht sich bereits in diesem Augenblick der Verletzung ihrer gesetzlichen Aufsichtspflicht schuldig. Wenn sie in Kenntnis derartiger Umstände gehindert sind, die Aufsichtsführung selbst zu ergreifen, dann können sie ihrer Verpflichtung nur nachkommen, wenn sie sie verbindlich übertragen. Gleiches muß auch für die Fälle gegenseitigen Kinderbesuchs gelten. Es ist in diesen Fällen wenig einleuchtend, warum die Eltern des besuchten Kindes diesem gegenüber aufsichtspflichtig sind, während sie den besuchenden Kameraden unbeaufsichtigt lassen dürfen, obwohl beide wie im "Feldstecher-Fall" in der gleichen räumlichen Einheit (Spielzimmer, Wohnung, Garten) spielen.

260 S. BGHZ 21, 102ff, 106/107

Es ist schließlich nicht ersichtlich, warum die Art des Zustandekommens oder die Form des Vertrages (konkludent, mündlich, schriftlich) seinen Inhalt, nämlich die Aufsichtsführung, modifizieren soll. Die Kindergärtnerin, die kraft Vertrages aufsichtspflichtig ist, ist dies bereits vom ersten Tage an und nicht erst nach "längerer Dauer". Die Großmutter ist aufsichtspflichtig, wenn ihr Enkel für die gesamten großen Ferien zu Besuch ist - vom ersten Tage an. Warum ist sie dies nicht, wenn ihr Enkel nur über's Wochenende bei ihr weilt? Gänzlich vermißt man schließlich eine Auseinandersetzung des BGH mit einem Teil des Schrifttums²⁶¹, wonach im außerrechtlichen Gefälligkeitsverhältnis zwar nicht die Primärschuld, wohl aber die Sekundärschuld einklagbar ist, d.h. daß auch dort Schutz- und Erhaltungspflichten aufgebaut werden, deren vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung schadenersatzpflichtig macht.

Zusammenfassend sei festgehalten, daß die von der Rechtsprechung des BGH aufgestellten Anforderungen an eine konkludente Übertragung der Aufsichtsführung nicht zu überzeugen vermögen, da sie unsystematisch und vom Wesen der Aufsichtsführung nicht gedeckt sind. Darüber hinaus wird dem Interesse geschädigter Dritter nicht ausreichend Rechnung getragen, weil ein breiter haftungsfreier Raum entsteht. Dieser findet kaum eine Rechtfertigung im konkludent aufsichtspflichtigen Personenkreis.

2.3 Randfragen zu § 832 II

Die Lehre vom faktischen Vertrag vermag in § 832 II keine Erweiterung der Haftungsgrundlage zu schaffen. Diese von

²⁶¹ Esser, Bd I, § 12 (S. 89); Esser-Schmidt, Bd I, Teilbd 1, § 8 IV, (S. 96/97); Schwerdtner NJW 1971, 1673 ff

Haupt²⁶² begründete, von Larenz²⁶³ weiterentwickelte und von der Rechtsprechung²⁶⁴ übernommene, jedoch im Schrifttum²⁶⁵ weitgehend auf Ablehnung gestoßene Lehre läßt einen Vertrag durch rein tatsächliches Verhalten auch nur einer Partei zustandekommen, ohne daß es auf eine Willenseinigung der Parteien durch Austausch wirksamer Willenserklärungen ankäme. Dabei orientiert sich auch die heutige Diskussion immer noch an den drei von Haupt gebildeten Fallgruppen, den "Sonderverbindungen aus sozialem Kontakt" sowie denen aus "sozialer Leistungsverpflichtung". Der Vertrag des § 832 II, der die Aufsichtsführung überträgt, ist in keine der drei Fallgruppen einzuordnen. Bei ihnen handelt es sich vielmehr um einen individuellen Vertrag, dem die Charakteristiken der sog. faktischen Verträge - sozialtypisches Verhalten (Larenz) bzw. sozial Leistungsverpflichtung (Haupt) - fremd sind.

Das einseitige Rechtsgeschäft - ein Versprechen der Art: "Ich passe schon auf Ihr Kind auf" - kann auch nicht im Wege entsprechender Anwendung einen zusätzlichen Haftungsverpflichteten schaffen. Die Begründung eines auf die Aufsichtsführung gerichteten Schuldverhältnisses ist durch einseitiges Rechtsgeschäft nicht möglich, denn das Gesetz sieht eine derartige Begründungsmöglichkeit nicht vor. Es ist daher ein Vertrag zur Begründung eines die Aufsichtsführung regelnden Schuldverhältnisses nötig (§ 305).

Denkbar sind weiterhin Fälle, in denen jemand im Wege der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 677ff) die Aufsichtsführung übernimmt. Auch eine derartige Aufsichtsführung er-

262 Haupt, G.: Über faktische Vertragsverhältnisse, 1943, in Festschrift für Heinrich Siber, Bd 2, S. 1-37

263 Larenz NJW 1956, 1897; ders. Bd I, § 4 II (bis einschließlich der 9. Aufl., 1968)

264 BGHZ 21, 319; 23, 175, NJW 1957, 789

265 Aus der unüberschaubaren Fülle: Flume, Festschr. zum 43. Juristentag I 183; Lehmann NJW 1958, 1; Enn-Lehmann § 26 IV; Nipperdey MDR 1957, 129; Blomeyer MDR 1957, 153; Wieacker JZ 1957, 61; ders. Festschrift Celle 263; zur Analyse der Fallgruppen Esser AcP 157, 86; Mayer-Maly Festschr. Wilburg 129, der feiner differenziert; Habscheid AcP 157, 9; Siebert, Faktische

öffnet keinen Schadensersatzanspruch nach § 832 II. Bei der GoA handelt es sich eben nicht um einen Vertrag, sondern um ein Legalschuldverhältnis, das nicht durch Willenseinigung, sondern aufgrund gesetzlicher Anordnung zustande kommt, wenn jemand gerade ohne rechtsgeschäftliche Verpflichtung zugunsten eines Dritten tätig wird.

3 § 832 und angrenzende Haftungstatbestände

3.1 Das Verhältnis von § 832 zu § 829 ist klärungsbedürftig. Es war bereits dargelegt worden, daß § 829 gegenüber § 832 ein subsidiärer Haftungstatbestand ist²⁶⁶. Er kann immer dann eingreifen, wenn aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen von dem Aufsichtspflichtigen kein Ersatz zu erlangen ist. Wie § 832 verlangt auch § 829 durch Verweis auf die §§ 823-826, daß der objektive Tatbestand einer unerlaubten Handlung verwirklicht wurde. Er befreit vom Erfordernis des Verschuldens²⁶⁷. Als zusätzliches Tatbestandsmerkmal fordert § 829 die Erforderlichkeit der Schadloshaltung, d.h. der Schadensüberwälzung. Im Vordergrund steht also zumindest in der Kette der Tatbestandsmerkmale nicht der Reichtum des Schädigers, sondern die Armut des Geschädigten, d.h. § 829 versagt, wenn der Reiche von einem noch Reicheren geschädigt wird. Daß § 829 kein "Millionärsparagraph" ist, sondern eher ein Bedürftigkeitsparagraph, wird auch vom letzten Halbsatz unterstrichen: die Schadensüberwälzung darf so weit gehen, wie dadurch nicht der eigene - angemessene - Lebens-

Vertragsverhältnisse, 20; früher Lehmann JherJb. 90, 130; Döhlle ZStW 103, 67; Staud-Coing Einl. 75 zum III. Abschnitt; Enn-Nipperdey, § 163 VII; Wesenberg DRiZ 1953, 19.

266 Zur systematischen Einordnung des § 829: Deutsch JZ 1964, 86f; Höchster AcP 104, 427ff; Böhmer MDR 1963, 21, 1964, 278, NJW 1967, 865; Geilen FamRZ 1965, 401.
267 Wie z.B. in §§ 82, 657, 784, 793.

unterhalt bzw. eine gesetzliche Unterhaltsverpflichtung beschnitten wird²⁶⁸.

Bisher war die Rede vom aufsichtsbedürftigen Minderjährigen, der unter Vorliegen der übrigen Voraussetzungen statt der Eltern einzustehen hat (§§ 829, 828), weil der Schaden bei diesen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht realisierbar war. Kann darüber hinaus § 829 auch in der Person des Aufsichtspflichtigen Bedeutung erlangen? In diesem Zusammenhang interessiert insbesondere das Verhältnis von § 1673 zur deliktischen Einstandspflicht. Nach § 1673 I ruht die elterliche Gewalt (§ 1626), wenn der kraft Gesetzes Aufsichtspflichtige geschäftsunfähig ist (§ 104). Obwohl auch bei Geschäftsunfähigkeit eine deliktische Haftung (§§ 829, 827) in Frage kommt, da § 827 I 1 2. Alt. den Tatbestand der Geschäftsunfähigkeit des § 104 Ziff. 2 auffängt, scheidet die verschuldensfreie Einstandspflicht eines geschäftsunfähigen Elternteils aus, weil aufgrund Ruhens des elterlichen Sorgerechts eine gesetzliche Aufsichtspflicht nicht besteht. Demgegenüber läßt die beschränkte Geschäftsfähigkeit (§§ 106, 114) und die Gebrechlichkeitspflegschaft in der Person des Aufsichtspflichtigen dessen Personensorgerecht (§ 1631) als Nebensorgerecht bestehen. Neben dem in erster Linie sorgeberechtigten Elternteil oder Vormund ist also auch noch der andere geschäftsunfähige oder bevormundete Elternteil sorgeverpflichtet und folglich auch aufsichtspflichtig. Wenn nun der Nebensorgepflicht durch Verletzung der Pflicht zur Aufsichtsführung nicht nachgekommen wird, aber wegen verminderter Verantwortlichkeit eine Inanspruchnahme gem. § 832 I ausscheidet, kann gleichwohl eine Einstandspflicht gem. § 829 i.V.m. §§ 828 II, 114, 106 oder i.V.m. § 827 in Frage kommen.

²⁶⁸ Rechtsprechung und Schrifttum zu § 829 sind ausführlich zusammengestellt und kommentiert bei Staudinger-Schäfer, § 829 Rdnr 7-19, 25-28.

3.2 Scheidet eine Haftung nach § 832 aus, weil z.B. wegen Aberkennens des elterlichen Sorgerechts eine gesetzliche Aufsichtspflicht nicht besteht²⁶⁹ oder weil ein Vertrag (§ 832 II) nicht zustande gekommen ist²⁷⁰, kann dennoch eine Haftung gem. § 823 gegeben sein.

Bei § 823 I hat im Vordergrund der Prüfung die Rechtspflicht zu stehen, aufgrund derer es jemandem oblag einzugreifen, d.h. schadensverhindernd tätig zu werden, denn auch in § 823 I kommt als Handlung nur ein Unterlassen in Betracht. Diese Rechtspflicht kann nicht Ausfluß des elterlichen Sorgerechts sein und auch nicht auf Vertrag beruhen, weil in derartigen Fällen § 832 § 823 verdrängen würde. Welche außerfamilienrechtlichen und nichtvertraglichen Rechtspflichten sind denkbar? Wann hat z.B. der Vater, dem das elterliche Sorgerecht aberkannt wurde, gleichwohl einzugreifen, um das Kind vor Schaden oder schadensstiftenden Handlungen zu bewahren²⁷¹? Eine solche Rechtspflicht kann sich z.B. aus tatsächlicher Lebensgemeinschaft ergeben, wenn der erwähnte Vater oder auch z.B. die Großmutter in derselben Hausgemeinschaft wie das Kind lebt. Sie kann weiterhin darauf beruhen, daß jemand zur Gefahrerhöhung in bezug auf mögliche Kindeshandlungen beitrug, z.B. wenn er einen "Flitzbogen" aushändigte.

Zusammengefaßt: bei § 823 I kann nur eine außerfamilienrechtliche und nichtvertragliche Rechtspflicht in Frage kommen; eine solche kann sich insbesondere aus tatsächlicher Lebensgemeinschaft oder konkreter Gefahrerhöhung ergeben.

Bis zum Inkrafttreten des vierten Gesetzes zur Reform des Strafrechts (4. Str.RG)²⁷² am 23.11.1973 kamen als Schutzgesetze bei § 832 II die §§ 143, 361 Nr. 9 StGB in

269 Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1969, 2120.

270 Vgl. BGH FamRZ 1968, 587.

271 Wie Fn 262

272 BGBI 1973 I, 1725

Betracht. Sowohl § 143 StGB²⁷³ als auch § 361 Nr. 9 StGB²⁷⁴ sind durch das 4. Str.RG ersatzlos aufgehoben worden²⁷⁵. Nachdem durch das Einführungsgesetz zum StGB vom 2.3.1974 (EGStGB)²⁷⁶ auch § 32 OWiG aufgehoben wurde²⁷⁷, fällt auch diese letzte, eine Verletzung der Aufsichtspflicht über Kinder oder Jugendliche sanktionierende Vorschrift als Schutzgesetz im Rahmen des § 823 II aus.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß auch die § 832 umgebenden Haftungstatbestände die aufgedeckten Lücken nicht zu schließen vermögen. Sie greifen nur ein, wenn der Fall von nicht häufig vorkommenden Besonderheiten gekennzeichnet ist. Eine Haftung für Vermögensschäden (§ 823 II), die auf kindlichem Fehlverhalten beruhen, kennt das deutsche Deliktsrecht, nachdem alle die Aufsichtspflichtverletzung sanktionierenden Straf- oder Bußgeldvorschriften aufgehoben wurden, überhaupt nicht.

4 Eine Zusammenfassung der dargelegten Spannungsverhältnisse und Widersprüchlichkeiten

Im Folgenden sollen die wichtigsten Probleme und Widersprüchlichkeiten, die die bisherige Beschäftigung mit § 832 hat zutage treten lassen, noch einmal zusammengestellt werden.

273 Art. 1 Nr. 8 4. Str.RG, BGBI 1973 I, 1726
274 Art. 1 Nr. 23 4. Str.RG, BGBI 1973 I, 1730
275 Zur Begründung, BT-Drucksache 6/3521, S. 9f
276 BGBI 1974 I, 469
277 Art. 29 Nr. 22 EGStGB, BGBI 1974 I, 538

- 1) Ausgehend von der Identität zwischen schadensrechtlicher und familienrechtlicher Aufsichtspflicht bedeutet jede Veränderung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kind zugleich eine Korrektur der Haftungsvoraussetzungen in § 832. Wandel des Familienrechts heißt Wandel des Deliktsrechts. Eine sich an dem erzieherischen Leitbild einer möglichst frühzeitig eigenverantwortlichen und selbständigen Kindespersonlichkeit orientierende.. Erziehung schafft größere Freiheitsräume: nicht der Gesichtspunkt der Schadensverhinderung, sondern der der Persönlichkeitsentwicklung genießt Priorität. Diese zusätzlichen Freiheitsraum schaffende Akzentverlagerung bedeutet ein Anwachsen des haftungsfreien Raums in § 832.
- 2) Die derzeitige Rechtsprechung zu § 832 II erweitert die Haftungslücke. Die für eine konkludent vertragliche Übertragung der Aufsichtsführung von ihr geforderten Voraussetzungen einer "weitreichenden Obhut von längerer Dauer und weitgehender Einwirkungsmöglichkeit" läßt sich weder aus dem Wesen der Aufsichtsführung noch aus der Interessenlage ableiten. In Fällen der Mitnahme fremder Kinder und des sich gegenseitigen Besuchens ist nach der Rechtsprechung eine Haftung im Ergebnis nicht vorhanden.
- 3) Die Herabsetzung des Volljährigkeitsalters von 21 auf 18 Jahre hat zwar in dieser Altersgruppe in der Person des schädigenden jungen Menschen einen unmittelbaren Ersatzpflichtigen geschaffen, verloren hat der Geschädigte aber das haftende Vermögen der Eltern, was insbesondere deshalb die Durchsetzung des Schadensersatzanspruches erschwert, weil die Haftungsmasse bei jungen Menschen im allgemeinen gering ist.
- 4) Kinderreichtum und Mitarbeit der Ehefrau erschweren die Aufsichtsführung. Die Vermutung schuldhafter

Aufsichtspflichtverletzung ist leicht widerlegbar, da diese Umstände auf dem Boden der Verschuldenshaftung Berücksichtigung finden müssen.

- 5) Durch die Technisierung der Umwelt, die immer neue und größere Gefahren an die Kinder heranträgt, sowie durch die Mobilität der Jugend geraten Kinderschäden in Größenordnungen, die die Fähigkeit der Eltern zur Ersatzleistung leicht zu übersteigen vermag. § 832 kann daher weder dem Interesse der Aufsichtspflichtigen noch dem des Geschädigten Rechnung tragen.
- 6) Vielfältige Entwicklungen tragen dazu bei, daß die Kinder zunehmend - z.B. durch die Errichtung von Jugendzentren - dem familiären Wirkungskreis und Überwachungsfeld entzogen werden. Für hierbei extern verursachte Schäden ist nur schwer ein Verantwortlicher zu finden.
- 7) Die Rechtfertigung der Beweislastumkehr wird in den - zunehmenden - Fällen der Schadensverursachung außerhalb des familiären Kreises immer fragwürdiger. Schon wegen mangelnder Schadensnähe fällt es den Eltern oft schwerer, sich zu exkulpieren.
- 8) Eine aus familienrechtlicher Sicht unerwünschte Reflexwirkung ist zu befürchten: die Eltern könnten dazu neigen, die Aufsichtsführung zu überspannen, um Fremdschäden zu verhindern. Das Bestreben, sich keinem Schadensersatzanspruch ausgesetzt zu sehen, könnte einer Erziehung, die auf eine möglichst frühzeitig eigenverantwortliche Persönlichkeit des Kindes gerichtet ist, im Wege stehen.
- 9) Die im Zusammenhang mit § 832 anwendbare Deliktsnorm des § 830 I 2 kann den Entlastungsbeweis in unzumutbarer Weise erschweren. § 840 II setzt die bedürfti-

gen Eltern im Innenverhältnis zeitlebens einem Ausgleichsanspruch des begüterten Kindes aus (§§ 829, 426).

- 10) Die haftungsrechtliche Gleichstellung der Eltern bei der Aufsichtsführung über ihre minderjährigen Kinder mit dem Vormund oder Pfleger bei der Beaufsichtigung Volljähriger ist unglücklich. Die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen der Vormundschaft und Pflegschaft über Volljährige sind mit der Elternstellung nicht vergleichbar.
- 11) Schließlich ist § 832 in verfassungsrechtlicher Hinsicht problematisch (Art. 6 I GG). Die Beweislastumkehr als Verfahrensregel kann anspruchskonstitutive Wirkung erzeugen. In den Fällen, in denen der Aufsichtspflicht genügt wurde, die Eltern dies aber nicht zu beweisen vermögen, haften sie verschuldensunabhängig. § 832 neigt daher nicht nur zur Gefährdungshaftung, die Norm ist teilweise Gefährdungshaftung.

III EINE RECHTSVERGLEICHENDE BETRACHTUNG

Nachfolgend wird ein Blick auf andere Rechtskreise geworfen. Es soll untersucht werden, ob und in welcher Weise diese die Problematik der durch Kinder verursachten Fremdschäden regeln. Die Darstellung hat nicht die Vollständigkeit der Problemerkfassung zum Ziel, sie will sich vielmehr auf die Grundzüge, das Regelungsprinzip beschränken, um von hier aus möglicherweise Anregungen zur Überwindung der dem § 832 anhaftenden Unzulänglichkeiten zu bekommen.

1 Das französische Recht

Für von Kindern angerichtete Fremdschäden haften im französischen ebenso wie im deutschen Recht die Eltern. Es kennt ebenso neben dem allgemeinen Deliktstatbestand der art. 1382/1383 code civil²⁷⁸ eine spezielle Haftungsnorm für die Eltern. Art. 1384 IV cc in der Fassung des französischen Gleichberechtigungsgesetzes vom 4. Juni 1970 lautet:

"Le père et la mère, en tant qu'ils exercent le droit de garde, sont solidairement responsable du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux."

Auch im französischen Recht ist durch die haftungsrechtliche Formulierung: "..., en tant qu'ils exercent le droit de garde, ..." der familienrechtliche Bezug hergestellt. Art. 372 cc, ebenfalls in der Fassung des Gleichberechtigungsgesetzes vom 4. Juni 1970, lautet:

278 Nachfolgend abgekürzt cc

"Pendant le mariage, les père et mère exercent en commun leur autorité" (parentale)²⁷⁹.

Le droit de garde (art. 1384 IV cc) ist ein Ausschnitt aus der autorité (parentale) des art. 372 cc ebenso wie die Aufsichtspflicht (§ 832) ein Teil des elterlichen Sorgerechts (§§ 1626, 1629, 1631) ist. Beiden Rechten gemeinsam ist überdies die Beweislastumkehr. Art. 1384 VII cc sagt:

"La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins, que les père et mère ...²⁸⁰ ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité."

Die konzeptionelle Ähnlichkeit in beiden Rechtskreisen kommt nicht von ungefähr: art. 1384 IV, VII haben bei den Gesetzesberatungen zum BGB Pate gestanden²⁸¹. Abweichungen ergeben sich einmal dadurch, daß art. 1384 IV cc die "Hauskindschaft"²⁸² als zusätzliche Haftungsvoraussetzung aufstellt, und zum andern dadurch, daß § 832 die Elternhaftung an eine unerlaubte aber nicht schuldhaftes Handlung des Kindes, während art. 1384 IV cc sie an eine "faute"²⁸³ (art. 1382 cc) knüpft. Die französische Rechtsprechung und Literatur ist sich im Ergebnis darin einig, daß eine faute im Sinne eines schuldhaften Fehlverhaltens nur bei den Eltern vorzuliegen braucht. Das Fehlverhalten des Kindes (faute oder fait) braucht - wie im deutschen Recht - nicht schuldhaft zu sein. Schließlich ist das französische außervertragliche Haftungsrecht

279 Klammerzusatz vom Verfasser

280 Die Auslassung lautet "et les artisans" und bezieht sich auf art. 1384 VI cc

281 Mugdan, Bd II, S. 1090

282 Aden, Diss., insbes. S. 57, 58, 65

283 Mit dem Inhalt der faute befaßt sich ausführlich Lesser, aaO, insbes. S. 22ff, 26ff, 33ff.

weiter: es kennt nicht die Beschränkung auf einen Kreis absoluter Rechtsgüter, d.h. jeder Schaden einschließlich des Vermögensschadens ist zu ersetzen²⁸⁴. Der das französische Deliktsrecht beherrschende Begriff der "faute" ist im Gesetz nicht definiert und sehr schillernd. Im Ergebnis besteht Einigkeit, daß die faute délictuelle - mit Fehlverhalten wohl am ehesten richtig übersetzt - den objektiven und subjektiven Tatbestand einer schadensstiftenden Handlung umfaßt²⁸⁵. Zwei Elemente machen aus einer Handlung eine faute: die culpabilité und imputabilité. Culpabilité bedeutet vorsätzliche oder fahrlässige Pflichtverletzung, imputabilité Vorwerfbarkeit. Das französische Recht unterscheidet nicht mit der dem deutschen Recht eigenen Strenge zwischen Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld²⁸⁶. So wird die Rechtswidrigkeit, die das französische Recht als selbständiges Glied im Tatbestandsaufbau nicht kennt, teils dem objektiven Tatbestand, teils dem subjektiven (der imputabilité) zugeordnet. Im Ergebnis finden auch im französischen Recht Rechtfertigungsgründe Beachtung: sie lassen eine faute entfallen.

Wegen der Ähnlichkeit der Konzeptionen in beiden Rechtskreisen und weil das französische Deliktsrecht wegen der generalklauselartigen Weite der Normierungen ohnehin stark richterrechtliche Züge trägt, sei ein Blick auf die französische Rechtsprechung²⁸⁷ zur Elternhaftung geworfen. Das Ergebnis sei vorweggenommen: die Eltern haften in Frankreich wesentlich schärfer, die Entlastung gelingt ihnen nur in wenigen Fällen, in niedrigeren Altersgruppen praktisch überhaupt nicht²⁸⁸. Mehrere Gründe sind hierfür

284 Ferid, Murad, aaO, S. 821ff, 823; Constantinesco/Hübner, Einführung in das französische Recht, München 1974, S. 145

285 Ferid, Murad, aaO, S. 829; Lesser, aaO, wie Fn 276

286 Ferid, Murad, aaO, S. 830, 833ff

287 Neben Aden befaßt sich Ollier, aaO, ausführlich mit der französischen Rechtsprechung zur Elternhaftung.

288 Das hat auch Aden mit einer Vielzahl von Einzelfällen aus der französischen Rechtspr. belegt, Diss., S. 125ff, 177, 190.

ausschlaggebend. Die französische Rechtsprechung läßt in Übereinstimmung mit dem überwiegenden Teil des Schrifttums eine Haftung sowohl bei einer Aufsichtspflicht- als auch bei einer Erziehungspflichtverletzung eingreifen²⁸⁹ (*surveillance et éducation*). Diese Meinung ist zwar nicht unbestritten geblieben²⁹⁰, ist aber gleichwohl die noch heute herrschende in Schrifttum und Rechtsprechung²⁹¹. Dieser doppelte Ansatzpunkt ist die dogmatische Ursache dafür, daß die Verschuldenshaftung des französischen Rechts gefährdungshaftungsrechtliche Züge trägt. Gute Erziehung und Aufsichtsführung vermögen jeden Schaden zu verhindern, ist offenbar die Ansicht der Rechtsprechung. Auch wenn außerhalb des Überwachungsfeldes der Eltern ein Schaden entsteht, den Maßnahmen der Aufsichtsführung nicht verhindern konnten, bleibt noch der Rückgriff auf das Unterlassen vorbeugender erzieherischer Maßnahmen. Wenn schon die unmittelbare Aufsichtsführung den Schaden nicht verhindern konnte, dann hätte ihn die mittelbare Erziehung verhindern müssen. Man sieht Erziehung und Aufsichtsführung als geeignet und bestimmt zur totalen Schadensverhinderung. Die Aufsichtsführung ist nur der äußere Aspekt der Erziehung; je mehr Erziehung, desto weniger Aufsichtsführung, je weniger Erziehung, um so mehr Aufsichtsführung. In dem einheitlichen Pflichtenkreis aus Erziehung und Aufsichtsführung verschwimmen die Einzelpflichten wie bei einem Vexierspiel: der Kreis ist immer ganz ausgefüllt, gleich von welcher Einzelpflicht. Der doppelte Ansatzpunkt ist aus der Sicht des Geschädigten vorteilhaft. Den Eltern gelingt die Entlastung fast nie²⁹². Einige symptomatische Beispiele mögen dies verdeutlichen.

289 Ferid, Murad, aaO, S. 847; Lalou, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6.A., Paris 1962, S. 547; Mazeaud/Tunc, Bd I, 6.A., Paris 1965, zu No 772, Anm. 1

290 Vgl. insbes. Mazeaud/Tunc, aaO, No 767; Rodière in der Anmerkung zu der Entscheidung der Cour d'Appel Paris in J.C.P. 1951 II, 6245.

291 Lesser, aaO, insbes. S. 36f

292 Zu diesem Ergebnis kommt auch Aden, Diss., S. 125, 132, 192.

Auf dem Heimweg von der Schule zerschlug ein Junge noch in Schulnähe kleinere Zündkapseln mit einem Stein. Durch das Zerplatzen einer der Kapseln trug ein Mitschüler eine Augenverletzung davon²⁹³. Der Vater konnte sich nicht entlasten, weil seine "absence même reconnue légitime" ihn nicht zu entschuldigen vermochte. Seine Abwesenheit, d.h. seine Nichtführung der Aufsicht war gerechtfertigt. Wenn weiter gesagt wird, daß das nicht zu beanstandende Unterlassen gehöriger Aufsichtsführung ihn nicht zu entlasten vermöchte, dann kann dies nur bedeuten, daß die Nichtentlastung auf die zweite Komponente, die Erziehung abstellt: das Unterlassen der vorbeugenden Erziehungsmaßnahme bis hin zum Verbot, nicht mit kleinen oder kleinsten Sprengkörpern zu spielen. Kommt es bei Nichtführen der Aufsicht zum Schaden, so wird dies einer fehlerhaften Erziehung zugeschrieben.

Auch die Fallgruppe der gegenseitigen Besuche bereitet der französischen Rechtsprechung keine Schwierigkeiten. Ein 13-jähriger Junge spielt im Garten seines etwa gleichaltrigen Freundes²⁹⁴. Es wird mit der Schleuder des Freundes geschossen. Der Freund wird durch einen Schuß verletzt.

Der Vater des besuchenden (!) Kindes haftet. Die Nichtführung der Aufsicht vermochte ihn nicht zu entlasten. Wenn er im Garten der Freundeseltern selbstverständlich nicht anwesend war, gleichwohl aber haftet, dann läßt sich dies nur mit einem Erziehungsverschulden begründen. Dabei sagt diese Entscheidung noch weiter, daß auch das Nichteingreifen der Mutter des besuchten und verletzten Kindes, die das Spielen und Schießen mit der Schleuder im eigenen Garten nicht verhindert hatte, zwar eine faute sei, den Vater des besuchenden Kindes gleichfalls nicht entlasten

293 Cour de Cassation D. 1922, 12 (D. = Dalloz, Recueil périodique et critique (1845-1940, 1945-1954, 1956-1964)).

294 Cour de Cassation D. 1946, 327

könne. Die "absence légitime" führt zum Rückgriff auf ein Erziehungsverschulden. Ein tatnahes Aufsichtsverschulden einer dritten Person vermag die Kausalität des Erziehungsverschuldens in bezug auf den eingetretenen Schaden nicht zu beseitigen: eine fragwürdige Entscheidung. Die französische Rechtsprechung scheint, wenn schon nicht körperliche so doch geistig-erzieherische, Allpräsenz der Eltern zu verlangen.

Auf eine Unterscheidung, die die französische Rechtsprechung bei der "absence" trifft, ist noch hinzuweisen. Nur wenn die Abwesenheit "volontaire" ist, ist der Rückgriff auf das Erziehungsverschulden gestattet. Bei einer "absence non volontaire" ist der Aufsichtspflichtige entlastet. Eine freiwillige Abwesenheit liegt allerdings auch dann noch vor, wenn ihr im aktuellen Fall keine freie Entscheidung zugrunde lag, wenn also beispielsweise der Vater arbeitsbedingt abwesend war. Eine "absence non volontaire" ist daher nach unserem Sprachgebrauch nur gegeben, wenn die Abwesenheit, die gleichbedeutend mit der Nichtführung der Aufsicht ist, auf höherer Gewalt beruht. Auch im deutschen Recht haftet in diesen Fällen der Aufsichtspflichtige nicht: entweder gelingt der Entlastungsbeweis auf der Verschuldensebene oder es fehlt bereits am tatbestandsmäßigen Unterlassen, weil die Möglichkeit zum Tätigwerden als eine der beiden Voraussetzungen für die Gleichstellung von Handeln und Unterlassen nicht gegeben war²⁹⁵. Aufschlußreich ist indes, warum dann, wenn ein Aufsichtsverschulden wegen höherer Gewalt nicht vorlag, ein Rückgriff auf das Erziehungsverschulden in der französischen Rechtsprechung nicht stattfindet. Offensichtlich wird das Erziehungsverschulden nur dann herangezogen, wenn die Nichtführung der Aufsicht auf einem dem Grunde nach freien, d.h. nicht durch höhere Gewalt

295 S. Esser, Bd I, § 9 I 2 (S. 60/61).

verhinderten Entscheidung beruht. Daß in diesen Fällen ein Erziehungsverschulden nicht geprüft wird, ist Ausdruck des strengen Verständnisses der französischen Rechtsprechung zur Wechselwirkung zwischen Erziehung und Aufsichtsführung. Ausgehend von der totalen körperlichen Allpräsenz der Eltern - wie bei Kleinstkindern üblich - ist eine Lockerung der Aufsichtsführung, d.h. ein partielles Entlassen aus der totalen Überwachung nur dann gerechtfertigt, wenn hierfür vorher die entsprechende Vorsorge getroffen wurde. Jeder Meter Boden, den das Kind ohne die Eltern betreten darf, muß vorher erzieherisch geebnet worden sein. Abstinenz in der Aufsichtsführung nur, wenn vorher erzieherisch alles getan wurde. Richtet das Kind in Abwesenheit der Eltern einen Schaden an, wird der Vorwurf erhoben, erzieherisch nicht die nötige Vorsorge getroffen zu haben. Nur, wenn die Nichtführung der Aufsicht auf höherer Gewalt beruhte (*absence non volontaire*), unterbleibt dieser Vorwurf. Die Vermutung, daß dann, wenn ein Kind in dem ihm gewährten Freiheitsraum einen Schaden verursacht, ein Erziehungsverschulden vorliegt, versagt, wenn der Freiheitsraum ein aufgrund höherer Gewalt entstandener war. Die Vermutungsbasis, wer dem Kind einen Freiheitsraum einräumt, hat die notwendige erzieherische Vorsorge zu treffen - oder, wenn ein Schaden entstand, nicht getroffen -, fehlt. Die Eltern haben den Freiheitsraum nicht bewußt eröffnet, sondern mußten das Kind mit sich allein lassen.

Ein weiteres Beispiel mag zeigen, mit welcher rigoroser Härte die französische Rechtsprechung die Eltern zur Haftung heranzieht. Ein noch nicht 10-jähriger Junge spielt mit etwa gleichaltrigen Kameraden Fußball. Statt vor den Ball tritt er versehentlich in den Boden des Platzes. Von aufspritzen den Steinchen wird ein Mitspieler am Auge verletzt²⁹⁶. Der Vater haftet, obwohl das Gericht ein-

296 Cour de Cassation J.C.P. 1966 II, 14567 (Juris-classeur périodique, La Semaine juridique, Paris, seit 1924, nach Jahr, Band u. Nummer).

räumt, daß Kindern dieses Alters auch ohne Aufsicht das Fußballspielen zu gestatten sei. Obwohl auch im französischen Recht grundsätzlich das Vorliegen einer objektiven faute des schuldunfähigen Kindes Haftungs Voraussetzung ist²⁹⁷, scheint in dieser Entscheidung selbst diese Minimalanforderung aufgegeben worden zu sein. Ein Erwachsener, wäre von ihm eine solche Schädigung ausgegangen, brauchte nicht zu haften, da es sich nicht um eine rechtswidrige Handlung (objektive faute) handelt, sondern um einen Unfall²⁹⁸.

Im Ergebnis ist festzustellen, daß die französische Regelung der Elternhaftung in art. 1384 IV, VII in der französischen Rechtsprechung praktisch Gefährdungshaftung, d.h. Haftung ohne Verschulden, ist, obwohl das Verschuldensprinzip als juristischer Obersatz immer wieder herausgestellt wird²⁹⁹. Der Entlastungsbeweis gelingt jedenfalls in unteren Altersklassen nie, wobei Ollier³⁰⁰ die Altersgrenze für die Garantiehaftung bei 16 Jahren sieht, während sie Aden unter Berufung auf neuere Urteile³⁰¹ bei etwa 13 Jahren zieht. Die ähnlich konzipierten Normen erfahren in der französischen Spruchpraxis insbesondere wegen der doppelten Haftungsansätze - Erziehungs- und Aufsichtsverschulden - eine wesentlich schärfere, sehr haftungsfreundliche Auslegung. Bis zum Erreichen der Altersgrenze von 14 Jahren sind keine Fälle ersichtlich, in denen eine Entlastung gelungen ist. An diesem Punkt setzt auch die rechtspolitische Kritik von Tunc ein³⁰². Er fordert angesichts der Strenge der Haftung eine

297 Vgl. Ollier, aaO, Nr. 64ff; Aden, Diss., S. 102, 112.

298 Daß § 831 - und somit auch § 832 - in diesem Sinne restriktiv auszulegen sind, hat v.Caemmerer, Festschr., S. 120, ausführlich begründet.

299 Zu diesem Ergebnis gelangt auch Aden, Diss., S. 132ff, der die Betonung des Verschuldensprinzips als "Spiegelfechtereie" (S.133) bezeichnet, der komödienthafte Scheinbegründungen (S.127,129) zugrunde lägen.

300 Ollier, aaO, Nr.141-147, 174-179 mwN

301 Aden, Diss., S. 164, 177, 188ff mwN in Fn 1-3, S. 164

302 Tunc, J.C.P. 1966, 1983

Pflichtversicherung³⁰³.

2 Das schweizerische Recht

Das schweizerische Zivilrecht ist in zwei Gesetzeswerken niedergelegt, dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB) vom 10.12.1907 und dem Schweizerischen Obligationenrecht (OR) vom 30.3.1911, beide in Kraft getreten am 1.1.1912³⁰⁴. Während das ZGB das Personenrecht, Familienrecht, Erbrecht und Sachenrecht regelt, befaßt sich das OR mit dem allgemeinen und besonderem Schuldrecht (Art. 1-551 OR) einschließlich des Handelsrechts (Art. 552-1186 OR). Das frühere Recht kannte in Art. 61 OR eine besondere Haftung des Familienvorstandes³⁰⁵. Sie wurde aufgehoben und durch Art. 333 ZGB ersetzt³⁰⁶. Damit ist der Haftungstatbestand vom Obligationenrecht ins Familienrecht gewandert, ohne daß sich jedoch an der schuldrechtlichen Rechtsnatur der Haftungsnorm etwas geändert hätte. Lediglich der familienrechtliche Bezug ist deutlicher geworden. Art. 333 I ZGB lautet:

"Verursacht ein unmündiger oder entmündigter, ein geistesschwacher oder geisteskranker Hausgenosse einen Schaden, so ist das Familienvorhaupt dafür haftbar, insofern es nicht darzutun vermag, daß es das übliche und durch die Umstände gebotene Maß an Sorgfalt in der Beaufsichtigung beobachtet hat."

303 Tunc, J.C.P. 1966, 1983, a.E.: "Du moins, en ce qui concerne les enfants, le branchement de la responsabilité sur l'assurance semble possible: on concevrait une assurance obligatoire des dommages causés par les enfants d'âge scolaire."

304 Vgl. Gmür, Rudolf: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem BGB, Bern 1965, S. 11ff.

305 Zum Ursprung dieser besonderen Haftung s. Esser, Gefährdungshaftung, S. 48

306 Vgl. Oftinger, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd II, 1. Teil, Zürich 1960, § 20 (S. 237f).

Auch bei der Formulierung dieser Norm haben offensichtlich Nachbarrechtsordnungen Pate gestanden. Worin unterscheidet sich gleichwohl Art. 331 I ZGB insbesondere vom deutschen Recht?

Haftungsträger ist nach schweizerischem Recht das Familienhaupt. Aus der Stellung des Familienhauptes leitet sich die Hausgewalt ab (Art. 331 I ZGB)³⁰⁷. Dabei kann die Stellung als Familienhaupt auf Gesetz, Vereinbarung oder Herkommen beruhen. Im Normalfall ist der Vater allein das Familienhaupt (Art. 160 I, 274 II ZGB). Obwohl die Eltern die elterliche Gewalt gemeinsam ausüben (Art. 274 I ZGB), ist die Mutter nicht Familienhaupt, es sei denn, der Vater stirbe oder der Mutter würde im Falle der Scheidung die Sorge um die Kinder übertragen (Art. 274 III ZGB). Die Mutter ist also regelmäßig anders als im deutschen oder französischen Recht nicht haftungsverpflichtet. Sie wird über die beiden gesetzlich geregelten Fälle hinaus zum Familienhaupt nur dann, wenn der Vater aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen verhindert ist³⁰⁸.

Auf Vereinbarung bzw. Herkommen kann die Stellung des Familienhauptes beruhen, wenn z.B. der Lehrling beim Lehrherren untergebracht ist³⁰⁹. Im Vergleich zum deutschen Recht kennt das ZGB also noch ein weiteres, die Stellung als Familienhaupt begründendes Tatbestandsmerkmal: das Herkommen bzw. die Überlieferung. Jemand kann also immer dann Familienhaupt sein, wenn dies tradierten Anschauungen und Gepflogenheiten entspricht, ohne daß eine gesetzliche Bestimmung oder vertragliche Vereinbarung bestünde. Damit ist ein haftungsbegründendes Merkmal von general-

307 Art. 331 I ZGB lautet: "Haben Personen, die in gemeinsamem Haushalte leben, nach Vorschrift des Gesetzes oder nach Vereinbarung oder Herkommen ein Familienhaupt, so steht diesem die Hausgewalt zu."

308 So hat das schweizerische Bundesgericht die Mutter als Familienhaupt angesehen, wenn der Vater entmündigt ist: BGE 71 II 64 (Entscheidungen d. Bundesgerichts nach Band, Teil und Seite).

309 BGE 71 II 62

klauselartiger Weite in Art. 331 ZGB eingeflossen, das der Rechtsprechung einen weiten Spielraum läßt. Durchgängig neigt das schweizerische Zivilrecht zu blankett-hafteren Formulierungen³¹⁰ als das deutsche Recht. Ein Grund dafür mag in der Notwendigkeit liegen, der unterschiedlichen Bevölkerungsstruktur der Schweiz mit ihren starken landsmannschaftlichen und kantonalen Besonderheiten Rechnung tragen zu können. Auf wen sich die Hausgewalt erstreckt - wir würden sagen: den Kreis der aufsichtsbedürftigen Personen -, bestimmt Art. 331 II ZGB³¹¹. Es sind dies alle in die Hausgemeinschaft nicht nur vorübergehend integrierten Personen³¹². Bei einer schadensstiftenden Handlung dieses Personenkreises wird eine Haftung des Familienhauptes nur dann ausgelöst, wenn der Verursacher eine der vier in Art. 333 I ZGB geforderten Eigenschaften besitzt: er muß entweder unmündig oder entmündigt, geistesschwach oder -krank sein. Mündig wird der Schweizer Staatsbürger mit Vollendung des zwanzigsten Lebensjahres (Art. 14 I ZGB), durch Eheschließung (Art. 14 II, 96 II ZGB)³¹³ oder Mündigkeitserklärung (Art. 15 ZGB). Die Entmündigungstatbestände regelt das ZGB in den Art. 369-372³¹⁴. Danach ist Geisteskrankheit und Geistesschwäche (Art. 369 ZGB) unter weiteren Voraussetzungen ein Entmündigungsgrund. Hinzu kommen Verschwendungssucht, Trunksucht, lasterhafter Lebenswandel sowie Mißwirtschaft, wenn dadurch die Gefahr eines Notstandes für sich oder die Familie herbeigeführt wird. Ferner ist Entmündigungsgrund

310 Gmür (wie FN 295) S. 15

311 Art. 331 II ZGB lautet: "Die Hausgewalt erstreckt sich auf alle Personen, die als Blutsverwandte und Verschwägerte oder auf Grund eines Vertragsverhältnisses als Dienstboten, Lehrlinge, Gesellen oder in ähnlicher Stellung in dem gemeinsamen Haushalte leben."

312 BGE 71 II, 62ff

313 Der Grundsatz "Heirat macht mündig" (Art. 14 II ZGB) gilt jedoch nur eingeschränkt: die Frau muß über 17, der Mann wenigstens 18 Jahre alt sein (Art. 96 II ZGB).

314 Vgl. hierzu: Keller, Haftpflichtrecht im Privatrecht, Bern 1970, S. 110.

die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und darüber (Art. 371 I ZGB) für die Dauer des Freiheitsentzuges. Schließlich kann auf eigenen Antrag entmündigt werden, wer infolge von Altersschwäche oder Unerfahrenheit seine Angelegenheiten nicht gehörig besorgen kann (Art. 372 ZGB). Eine Haftung des Familienhauptes wird, wenn ein geisteskranker oder -schwacher Hausgenosse im Familienverbund lebt, auch ohne Entmündigungsverfahren ausgelöst. Der Geistesschwache oder -kranke ist der besonderen Obhut und Sorge des Familienhauptes anvertraut (Art. 333 II, III ZGB). Das schweizerische Recht hat also - ähnlich wie das deutsche Recht, aber anders als das französische Recht - über die Haftung des Familienhauptes hinaus auch noch angrenzende Haftungsfragen geregelt, insbesondere die Verantwortlichkeit für einen körperlich oder geistig gebrechlichen Menschen, der mit im Familienverbund lebt.

Ergänzend sei erwähnt, daß das schweizerische Recht in Art. 54 I OR³¹⁵ eine dem § 829 BGB verwandte Vorschrift kennt. Die haftungsrechtliche Einordnung des Art. 333 I ZGB ist umstritten. Uneinig ist man sich darüber, ob es sich um eine Verschuldenshaftung oder Kausalhaftung - also Verschuldenshaftung oder Gefährdungshaftung - handelt³¹⁶. Insbesondere die "konstruktive Verwandtschaft" mit Art. 55, 56 OR³¹⁷ wird dafür in Anspruch genommen, daß es sich bei Art. 333 I ZGB um eine verschuldensfreie Haftung handle. In der Tat steht die Rechtsprechung wie auch das Schrifttum bezüglich der ähnlich konzipierten Art. 55 u. 56 OR durchgängig auf dem Standpunkt, daß es sich um eine Kausalhaftung handelt³¹⁸. Zur Haftung des

315 Art. 54 I OR lautet: "Aus Billigkeit kann der Richter auch eine nicht urteilsfähige Person, die den Schaden verursacht hat, zu teilweisem oder vollständigem Ersatz verurteilen."

316 Zum Meinungsstand: Keller (wie FN 314), S. 104f; Oftinger (wie FN 306), S. 239 mwN in Fn 6.

317 Regelung der Geschäftsherren- und Tierhalterhaftung.

318 Vgl. Keller (wie FN 314), S. 104f, 116f, 126ff.

Familienhauptes hat die schweizerische Judikatur bislang noch nicht eindeutig Stellung bezogen. Die Entscheidungen scheinen jedoch auf einer Annahme einer Verschuldenshaftung zu beruhen³¹⁹. Insbesondere in einer Entscheidung des Bundesgerichts (BGE 74 II 196) ist wörtlich von Exkulpationsbeweis die Rede. Die praktischen Auswirkungen dieses dogmatischen Streites sollten jedoch nicht überschätzt werden. Ob eine endgültige Abkehr von der Kausalhaftung durch die Rechtsprechung vollzogen wird, bleibt abzuwarten. Im Ergebnis ist für diese Untersuchung von größerer Bedeutung, daß die überwundene oder nicht überwundene Affinität zur verschuldensfreien Haftung jedenfalls in der Rechtsprechung zur Entlastung - die ja je nach Standpunkt Exkulpations- oder Exzeptionsbeweis ist³²⁰ - ihren Niederschlag gefunden hat: die Anforderungen sind sehr streng. Im Ergebnis kann gesagt werden, daß die schweizerische Elternhaftung eine "gemilderte Zufallshaftung"³²¹ ist.

3 Das österreichische Recht

Im österreichischen Recht ist die die Elternhaftung regelnde Norm wie im deutschen Recht im Schadensersatzrecht zu finden. § 1309 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) Österreichs, das im Jahre 1811 verabschiedet wurde, lautet:

319 Vgl. zur kantonalen Judikatur: SJZ 32, 248; SJZ 36, 273; zu Art. 61 OR: BGE 24 II 835, 26 II 307, 32 II 462, 38 II 477; zu Art. 333 ZGB: BGE 49 II 444, 70 II 138, 74 II 196.

320 Zur terminologischen Unterscheidung: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd II, 2. Abteilung, Zürich 1943, Art. 333 Rdnr 14.

321 Zur umfangreichen Kasuistik: BGE 79 II 350, 74 II 103, 67 II 49, 57 II 363 und Kommentar (wie vor. Fn), Art. 333 Rdnr 12, 13, 15-21.

"Außer in diesem Falle gebührt ihm der Ersatz von denjenigen Personen, denen der Schaden wegen Vernachlässigung der ihnen über solche Personen anvertrauten Obsorge beigemessen werden kann."

In Bezug genommen ("Außer in diesem Falle ...") ist § 1308 ABGB. Er sagt, daß von einem Unmündigen - und den diesem gleichgestellten "Wahn- oder Blödsinnigen" - Ersatz dann nicht zu erlangen ist, wenn der Geschädigte zur Schädigung selbst "Veranlassung gegeben hat", also im Falle des Mitverschuldens. Das österreichische Schadensersatzrecht (§§ 1293-1341 ABGB) ist ebenso wie das deutsche Recht vom Verschuldensprinzip getragen. Dies geht aus den grundlegenden Normen der §§ 1294, 1295, 1306, 1311 eindeutig hervor³²². In Österreich haben die Eltern einen Schaden, der durch ihr Kind verursacht wurde, nur dann zu ersetzen, wenn sie schuldhaft ihre "Obsorge" verletzt haben. Das Gesetz bringt dies durch den Begriff "Vernachlässigung" zum Ausdruck³²³. Andererseits ist ein Schaden auch bei Vernachlässigung der Obsorge nur dann zu ersetzen, wenn er nicht vom Geschädigten veranlaßt wurde (§ 1308 ABGB). Als Ausnahme vom Grundsatz anteiliger Schadenstragung im Falle des Mitverschuldens (§ 1304 ABGB) führt das Mitverschulden eines erwachsenen³²⁴ Geschädigten zum gänzlichen Ausschluß der Schadensüberwälzung. Nicht ganz geklärt ist, ob jegliches Mitverschulden den Anspruch abschneidet. Die wohl h.M. geht dahin³²⁵, daß nur ein qualifiziertes Mitverschulden - in dem Sinne, daß der Geschädigte das Verhalten, die schadensstiftende

322 Vgl. hierzu insbes.: Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd II, Wien 1975, S. 1ff, 235ff.

323 Dies ist die ganz h.M., vgl. Koziol (wie vor. Fn), S.236 und den österreichischen Obersten Gerichtshof (OGH) in Juristischen Blättern (JB1) 1969, 503.

324 § 1308 wird als Schutzvorschrift zugunsten des Unmündigen angesehen. Die Norm ist daher nicht anzuwenden, wenn ein ebenfalls Unmündiger den Schaden veranlaßt: dann bleibt es bei dem Grundsatz des § 1304; vgl. OGH in SZ 33, 54 (Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen, 1919-1938 u. ab 1946, nach Band u. Seite).

325 Koziol (wie FN 322), Bd I, Wien 1973, S. 190f

Handlung des Unmündigen veranlaßt bzw. hervorgerufen haben muß - zur Anwendung des § 1308 ABGB führt. Ähnlich wie im BGB kann die Aufsichtspflicht sowohl auf gesetzlicher Anordnung - z.B. durch die §§ 139, 216, 282 ABGB - als auch auf rechtsgeschäftlicher Verpflichtung³²⁶ beruhen. Das österreichische Recht ist von einer Besonderheit gekennzeichnet, die im Ergebnis eine ganz entscheidende Einschränkung der Elternhaftung bedeutet. Die Deliktsfähigkeit beginnt bereits mit Vollendung des 14. Lebensjahres (§§ 21, 248 II ABGB). Danach ist der Minderjährige mündig und damit schadensrechtlich voll verantwortlich, dies zudem nicht neben den Eltern, sondern statt dieser. Während das deutsche Recht bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres grundsätzlich von der Nichtverantwortlichkeit ausgeht, d.h. eine Verantwortlichkeit nur ausnahmsweise in Betracht zieht (§ 828 II BGB), geht das ABGB kategorisch von einer uneingeschränkten Verantwortlichkeit des Minderjährigen aus. Darüber hinaus kennt auch das österreichische Recht eine dem § 829 BGB ähnliche, ebenfalls subsidiäre Billigkeitshaftung des noch nicht Deliktsfähigen in § 1310 ABGB³²⁷. Die österreichische Regelung ist also durch die frühzeitige Verlagerung der Verantwortlichkeit auf das Kind sehr elternfreundlich. Ob damit dem Interesse des Geschädigten gedient ist, muß in Frage gestellt werden. Er verliert das haftende Vermögen der Eltern und wird bei dem jungen Menschen regelmäßig wenig Zugriffsmasse finden, die einen zeitnahen Ersatz seines Schadens gewährleistet. Andererseits tritt der frühzeitig in Anspruch genommene Jugendliche möglicherweise sein Leben unter der Hypothek an, Zeit seines Lebens Schadenersatz leisten zu müssen. Ohne versicherungsrechtliche Abdeckung kann daher die Regelung des § 1309 ABGB weder dem Interesse des Schädigers noch dem des Geschädigten, allenfalls dem der Eltern gerecht werden.

326 Vgl. OGH in JBl 1969, 503.

327 Koziol, Bd II, S. 236

Die Beweislastregelung im österreichischen Schadensrecht entspricht der deutschen. Der Geschädigte hat den vollen Tatbestand der Deliktsnorm einschließlich des Verschuldens zu beweisen³²⁸ (§ 1296 ABGB). Etwas anderes gilt allerdings für § 1309 ABGB, die Haftung der Aufsichtspflichtigen. Ähnlich wie § 282 BGB kennt das österreichische Recht in § 1298 ABGB eine Beweislastumkehr für den Fall, daß eine bereits bestehende Verbindlichkeit nicht erfüllt wird. Diese Verbindlichkeit kann sowohl vertraglicher als auch gesetzlicher Art sein. Da die Aufsichtspflicht eine gesetzlich oder vertraglich zugewiesene "Verbindlichkeit" ist, wendet die Rechtsprechung § 1298 ABGB auch im Rahmen von § 1309 ABGB an, so daß eine partielle Beweislastumkehr stattfindet, dergestalt, daß der Aufsichtspflichtige beweisen muß, daß ihn kein Verschulden trifft³²⁹. Alle übrigen Tatbestandsvoraussetzungen muß der geschädigte Kläger beweisen. Die Parallele zum deutschen Recht ist unverkennbar.

4 Das italienische Recht

Im italienischen Recht ist die Elternhaftung in Art. 2048 Codice civile (Cc)³³⁰ geregelt:

"Il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o delle persone

328 Koziol, Bd I, S. 261 ff

329 Vgl. OGH in JBl 1930, 343f.

330 Die Neufassung des Codice civile (nachfolgend abgekürzt Cc) stammt aus dem Jahre 1942. Das etwa 3000 Artikel umfassende moderne Gesetzgebungswerk regelt in seinem 5. Buch (Art. 2060-2642) z.B. auch das Recht der Arbeit einschließlich des Handels- und Unternehmensrechts.

soggette alla tutela, che abitano con essi.
La stessa disposizione si applica all' affi-
liante.

I precettori e coloro che insegnano un mestiere
o un' arte sono responsabili del danno cagionato
dal fatto illecito dei loro allievi e apprendisti
nel tempo in cui sono sotto la loro vigilanza.

Le persone indicate dei commi precedenti sono
liberate dalla responsabilità soltanto se pro-
vano di non aver potuto impedire il fatto"³³¹.

Art. 2048 Cc ist eingebettet in das Recht der Schuldver-
hältnisse (Art. 1173-2059 Cc) und dort in den neunten und
letzten Titel, der das Recht der unerlaubten Handlungen
regelt (Art. 2043 bis 2059 Cc). Er befaßt sich über die
Elternhaftung hinaus noch mit der Haftung der Vormünder,
Erzieher und Meister. Voraussetzung der Elternhaftung
ist, daß die Kinder minderjährig und noch nicht "emanzi-
piert" sind, wobei die ab dem 18. Lebensjahr vormund-
schaftsgerichtlich anordnungsfähige Emanzipation nach
italienischem Recht ein eigenes Rechtsinstitut war. Im
Jahre 1975 sind in Italien umfassende Neuregelungen im
familienrechtlichen Bereich in Kraft getreten³³². Das
Volljährigkeitsalter wurde auf 18 Jahre herabgesetzt;

331 Ziemlich wörtlich übersetzt: Der Vater und die Mutter
oder der Vormund haften für den Schaden, der durch
die unerlaubte Handlung der mit ihnen zusammenwohnen-
den, noch nicht aus der elterlichen Gewalt entlassen-
en minderjährigen Kinder oder unter Vormundschaft
stehenden Personen verursacht wird. Die gleiche Haf-
tung trifft die Pflegeperson.

Die Erzieher und die ein Handwerk oder ein Gewerbe
Lehrenden haften für den Schaden, der durch die uner-
laubte Handlung ihrer Schüler und Lehrlinge während
der Zeit verursacht wird, in der sie unter ihrer Auf-
sicht stehen. Die Aufsichtspflichtigen sind von der
Haftung befreit, wenn sie beweisen, daß sie die uner-
laubte Handlung nicht haben verhindern können.

332 Das Reformgesetz v. 19.5.1975 u. das Gesetz v. 8.3.1975;
hierzu Jayme StAZ 1976, 193ff.

dies ließ das Institut der Emanzipation entfallen. Der Gedanke der Gleichberechtigung ließ aus der "väterlichen Gewalt"³³³ die elterliche Gewalt entstehen. Sie wird in zwei Bestandteile untergliedert³³⁴, den *aspetto interno* und *esterno*. Dabei ist unter dem *aspetto esterno* die rechtliche Vertretung des Kindes nach außen zu verstehen, während der *aspetto interno* die Aufgaben der Erziehung (*funzione educativa*) anspricht³³⁵. Die Regelung des Art. 2048 Cc bringt sachlich wenig Neues; ihr Vorläufer, der Art. 1153 des Codice civile von 1865 war ganz ähnlich konzipiert³³⁶. Im italienischen Recht ist die Elternhaftung ähnlich der der übrigen westeuropäischen Länder ausgestaltet. Auch hier handelt es sich nicht um eine mittelbare Verantwortlichkeit, z.B. für ein Verschulden der Kinder, sondern um eine eigene wegen nicht ausreichender Beaufsichtigung oder Erziehung³³⁷.

Wie aus Art. 2048 III Cc hervorgeht, handelt es sich zudem auch um eine Haftung für vermutetes Verschulden³³⁸. Das bedeutet, die Eltern müssen sich entlasten, wenn sie einer Inanspruchnahme entgehen wollen. Die Entlastung kann sich wie im deutschen Recht sowohl auf das Verschulden als auch auf die Kausalität beziehen³³⁹. Eine Parallele zum französischen Recht liegt darin, daß die italienische Rechtsprechung sowohl auf ein Aufsichts- als auch Erziehungsver schulden abstellt³⁴⁰. Dieser zweifache Anknüpfungspunkt ist mitursächlich für eine strenge Elternhaftung in Italien. Immer dann nämlich, wenn die Eltern den Schaden

333 Zur *patria potestà*: Pelosi, A.C.: La *patria potestà*, Mailand 1965; zwei Besprechungen hierzu: Jayme FamRZ 1967, S. 700ff; Luther, Rabels, S. 33 (1969), 476ff; weiter: Grunsky/Wuppermann, Italienisches Familienrecht, Sammlung Gehlen, Bd 14, Athenäum Verlag, S.57ff.

334 Pelosi (wie vor. Fn) S. 219ff

335 Vgl. Jayme FamRZ 1967, 701.

336 S. Commentario del Codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bologna-Roma 1958, zu Art. 2048 I (S. 321).

337 Vgl. Pogliani, Mario: *Responsabilità e reiscarcimento da illecito civile*, Mailand 1964, S. 108/109.

338 *Responsabilità presunta*

339 Vgl. Rovelli, Roberto: "La responsabilità civile da fatto illecito", Turin 1964, S. 245ff, 248mwN

340 Pogliani (wie Fn 337), S. 113 mwN aus der ständigen

nicht verhindern konnten, weil sie z.B. abwesend waren, taucht trotz Verhinderung an der Aufsichtsführung der Vorwurf auf, erzieherisch nicht die nötige Vorsorge getroffen zu haben³⁴¹. Das neben dem Aufsichtsverschulden vermutete Erziehungsverschulden läßt den Entlastungsbeweis wie im französischen Recht sehr schwer werden.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß die italienische Rechtsprechung trotz der Kinderfreundlichkeit des Landes sehr hohe Anforderungen an den Entlastungsbeweis der Eltern stellt. Diese strenge Elternhaftung trifft im italienischen Schrifttum nicht auf Kritik³⁴².

5 Das Recht der DDR

Die Rechtslage in der DDR ist gekennzeichnet von einer umfassenden Neuregelung der die Elternhaftung regelnden Rechtsgebiete des Zivil- und Familienrechts. Insbesondere das Familienrecht war frühzeitig Gegenstand vorrangiger und programmatischer Reformbestrebungen der DDR. So trat bereits am 1. April 1966 das Familiengesetzbuch der DDR (FGB) vom 20. Dezember 1965³⁴³ in Kraft und löste damit das bis dahin im wesentlichen geltende vierte Buch des BGB (§§ 1297-1921) ab. Am 1. Januar 1976 wurde das BGB dann vollends durch das neue Zivilgesetzbuch der DDR (ZGB) vom 19. Juni 1975³⁴⁴ verdrängt. Das nurmehr 480 Paragraphen umfassende ZGB regelt in seinem fünften Teil³⁴⁵

Rechtsprechung in Fn 18; Rovelli (wie Fn 329), S. 249f.

341 Rovelli, aaO, S. 257

342 "Incensurabilità in Cassazione dell' apprezzamento della prova liberatoria", Rovelli, aaO, S. 245

343 GB1 1966 I, S. 19

344 GB1 1975 I, S. 517

345 Mit dem Titel: "Schutz des Lebens, der Gesundheit und des Eigentums vor Schadenszufügung".

(§§ 323-361) die Elternhaftung in § 351³⁴⁶. Durch die Neuregelung scheint sich an der Elternhaftung wenig geändert zu haben. Insbesondere ist wohl grundsätzlich (§ 333 ZGB) als auch speziell für die Elternhaftung (§ 351 III ZGB) im Schadensrecht am Verschuldensprinzip festgehalten worden, auch wenn dies durch Rechtsvorschrift jederzeit abänderbar ist (§ 335 ZGB).

Die Ausgestaltung des Verschuldensprinzips bedarf der Klärung. Sowohl die Fassung des Grundtatbestandes (§§ 330 i.V.m. § 333 ZGB) des außervertraglichen Schadensersatzrechtes als auch die des § 351 ZGB könnte dafür sprechen, daß durchgängig eine Haftung für vermutetes Verschulden statuiert wurde. Eine Haftung für vermutetes Verschulden, die ja auf einer Umkehr der Beweislast beruht, ist jedoch dem neuen DDR-Recht fremd. Dem materiellen Zivilrecht ist ergänzend eine neu gefaßte ZPO³⁴⁷ zur Seite getreten. Sie hat den Verhandlungsgrundsatz, auf dem ja die Beweislastverteilung beruht, weitgehend aufgegeben und hat den Untersuchungsgrundsatz stark in den Vordergrund gerückt³⁴⁸. Dies kommt in einer Reihe von Vorschriften zum Ausdruck, insbesondere in den §§ 45 III, 52 I, 66 I 2 ZPO der DDR. Ist z.B. das Verschulden der Eltern zwischen den Parteien streitig, so hat darüber das Gericht von Amts wegen wei-

346 § 351 ZGB lautet:

(1) Eltern und andere Bürger, die aufgrund von Rechtsvorschriften, staatlicher Anordnung oder aus einem anderen Grunde Kinder oder Jugendliche zu erziehen oder zu beaufsichtigen haben, sind zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den diese Kinder oder Jugendliche rechtswidrig verursachen. Für Bürger, die die Aufsichtspflicht in Ausübung ihres Berufes wahrnehmen, gelten die entsprechenden Rechtsvorschriften.

(2) Das gleiche gilt, wenn Personen, die wegen geistiger Gebrechen unter Aufsicht stehen, rechtswidrig einen Schaden verursachen.

(3) Die Verantwortlichkeit entfällt, wenn der Erziehungsberechtigte oder Aufsichtspflichtige seine Pflichten nicht schuldhaft verletzt hat oder der Schaden auch bei ordnungsgemäßer Erfüllung dieser Pflichten entstanden wäre.

347 Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Zivil-, Familien- und Arbeitsrechtssachen (Zivilprozeßordnung) v. 19.6.1975, GB1 1975 I, S. 533

348 Vgl. Rosenberg-Schwab 12.A., § 78, S. 404ff, 406, 410.

tere Sachverhaltsaufklärung zu betreiben³⁴⁹. Die Untersuchungsmaxime auch im Zivilrecht gewährleistet, daß zumindest theoretisch das Verschuldensprinzip lupenrein durchführbar ist: niemand braucht zu haften, nur weil er sein Nichtverschulden nicht beweisen kann. Das Gericht hat solange zu ermitteln, bis die Frage des Verschuldens geklärt ist.

Gleichwohl ist nicht zu übersehen, daß der das zivilrechtliche Verschulden regelnde subjektive Tatbestand (§ 333 ZGB) getrennt und mit deutlicher Distanz in der Normenfolge zum objektiven Grundtatbestand (§ 330 ZGB) geregelt wurde. Auch bei dem die Elternhaftung regelnden § 351 ZGB ist das Verschulden isoliert erst in Abs. 3 ausgesprochen. Es bleibt abzuwarten, in welcher Weise sich das Herauslösen des subjektiven Tatbestandes aus dem objektiven in der Praxis auswirkt. Es steht zu vermuten, daß dies zu einer Objektivierung der Schadensersatzverpflichtung führt, zumal die Definition der Fahrlässigkeit in § 333 III ZGB neben den herkömmlichen Definitionen eine zusätzliche von generalklauselartiger Weite enthält.

Die Erziehungs- oder Aufsichtspflicht, die § 351 ZGB verlangt, ist für die Haftung der Eltern und anderer Bürger inhaltlich konkretisiert durch das FGB. Auch in der DDR steht die Familie unter dem besonderen Schutz des Staates (Art. 38 I d. Verfassung der DDR)³⁵⁰, in der das Erziehungsrecht als "vornehmste Pflicht der Eltern" erwähnt ist (Art. 38 IV d. Verfassung der DDR). Das erzieherische Leitbild, nach dem sich die Eltern zu richten haben, ist gesetzlich klar umrissen. Im Vordergrund steht die Erzie-

349 § 45 III der ZPO der DDR lautet: "Ein Rechtsstreit darf erst entschieden werden, wenn das Gericht den für die Entscheidung erheblichen Sachverhalt geklärt und festgestellt hat."

350 Verfassung der DDR (DDRv) v. 6.4.1968 (GBI 1968 I, S. 199) in d. Fassung des Änderungsgesetzes v. 7.10.1974 (GBI 1974 I, S. 425)

hung zu einer "sozialistischen Einstellung" (§ 42 II 2 FGB), wobei die Eltern durch staatliche Organe unterstützt werden (§§ 3 II, 44 FGB). Sie tragen die "Verantwortung für die sozialistische Erziehung ihrer Kinder" (§ 2 III JugendG)³⁵¹.

Es ist auffällig, daß die DDR sehr stark das Recht des Kindes und damit die Pflichtenstellung der Eltern bei der Erziehung (§ 42 FGB) und Beaufsichtigung (§ 43 FGB) betont. Gleichwohl trägt auch das Recht der DDR der Jugendemanzipation nur unzureichend Rechnung. Die "Kuratel" der Eltern bzw. des Vaters wird abgelöst von der "Kuratel" des Staates, indem die Erziehungsinhalte verbindlich festgeschrieben sind und durch staatliche Einflußnahme jederzeit korrigiert werden können. "Das Wohl des Kindes" entscheidet sich weniger in pluralistischer Meinungsvielfalt in der Familie, es ist vielmehr gesetzlich normiert.

6 Das niederländische Recht

Ein kurzer Blick auf das niederländische Recht ist insbesondere deshalb aufschlußreich, weil sich auch die Niederlande seit Beginn der sechziger Jahre intensiv bemühen, ihr Zivilrecht zu reformieren³⁵². Der jetzige Art. 1403

351 Gesetz über die Teilnahme der Jugend an der Gestaltung der entwickelten sozialistischen Gesellschaft und über ihre allseitige Förderung in der Deutschen Demokratischen Republik (Jugendgesetz der DDR) v. 28.1.1974 (GBl 1974 I, S. 45).

352 S. den "Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek" van Prof. MR. E.M. Meijers, 's-Gravenhage 1961.

BW³⁵³, der letztmals im Jahre 1901 geändert wurde, bedeutet jedenfalls nach ganz h.M. für die Eltern eine Haftung für vermutetes Verschulden³⁵⁴. Zwar hat auch für das niederländische Recht art. 1384 des französischen code civil Pate gestanden, der tiefere Ursprung dieses Haftungstyps wird jedoch im germanischen Recht gesehen³⁵⁵, d.h. in dessen einheitlicher Betrachtung der Familie. Das Familienoberhaupt haftete unbedingt für die Familie, also auch für unrechtmäßige Handlungen der Kinder. Weil diese ganzheitlich-organschaftliche Betrachtung der Familie den heutigen gesellschaftlichen Verhältnissen nicht mehr entspricht, hat das niederländische Schrifttum Art. 1403 BW mit einer aktuellen, gesellschaftskonformen Rechtfertigung unterlegt. Insbesondere drei Gründe werden als zeitgemäße Rechtfertigung des jetzigen Haftungskonzeptes der Eltern angesehen: wenn ein Schaden durch ein Kind verursacht werde, könne - erstens - die Aufsichtspflicht verletzt worden sein, - zweitens - könne ein Mangel an Erziehung vorliegen und - drittens - würde - wenn statt der Eltern nur der Minderjährige selbst haftete - der Geschädigte

353 Art. 1403 Burgerlijk Wetboek (BW) lautet:

Men is niet alleen verantwoordelijk voor de schade, welke men door zijne eigene daad veroorzaakt, maar ook voor die welke veroorzaakt is door de daad van personen voor welke men aansprakelijk is, of door zaken welke men onder zijn opzicht heeft.

De ouders of voogden zijn verantwoordelijk voor de schade, veroorzaakt door de minderjarige kinderen die bij hen inwonen en over wie zij de ouderlijke magt of de voogdij uitoefenen.

Die meesters en degenen die anderen aanstellen tot de waarneming hunner zaken zijn verantwoordelijk voor de schade, door hunne dienstboden en ondergeschikten veroorzaakt in de werkzaamheden waartoe zij dezelve gebruiken hebben.

De schoolonderwijzers en werkmeesters zijn verantwoordelijk voor de schade door hunne leerlingen en knechts veroorzaakt, gedurende den tijd dat dezelve onder hun toezicht staan.

De hierboven vermelde verantwoordelijkheid houdt op, indien de ouders, de voogden, de schoolonderwijzers en werkmeesters bewijzen, dat zij de daad voor welke zij aansprakelijk zouden zijn, niet hebben kunnen beletten. (C. 1384; B. 354 v., 849, 1404 v., 1427, 1602, 1649, 1747, 1840; K. 321 v., 468, 523, 534 v.).

354 Vgl. Mr. C. Asser's "Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht" bearb. v. Mr. L. E.H. Rutten, Zwolle 1975, S. 125ff.

355 Asser-Rutten (wie vor. Fn), S. 126/127

seinen Schaden oft nicht überwälzen können, sei es, daß es an der Schuldfähigkeit fehle, sei es, daß kein haftendes Vermögen vorhanden sei. Auch wenn diese Rechtfertigung von Art. 1403 BW aktualisiert ist, so ist sie doch nicht so weit von der früheren Begründung entfernt, denn auch die familieneinheitliche Betrachtung beruhte auf ähnlichen Erwägungen. Daß nicht das einzelne Familienmitglied haftete, sondern die ganze Familie oder Sippe, hatte zumindest auch den Grund, das haftende Vermögen zu gewährleisten bzw. zu erhöhen. Hiermit war gleichzeitig eine Belastungsstreuung verbunden. Aber auch dies ist heute wenig anders. Auch wenn die Eltern für den Schaden verantwortlich sind, so trägt ihn doch mittelbar - z.B. durch erzwungenen Konsumverzicht - die Familie mit, zumindest dann, wenn der Schaden eine gewisse Größenordnung übersteigt und nicht von einer Versicherung gedeckt ist.

Die Reformbestrebungen des bürgerlichen Gesetzbuchs der Niederlande haben im Gegensatz zu Deutschland auch vor der Elternhaftung nicht Halt gemacht. Dabei ist die Entwicklung der gründlichen Diskussion, die das Institut der Elternhaftung von den Anfängen der Reformbestrebungen bis heute erfahren hat, aufschlußreich. Abgesehen von einigen frühzeitig kritisierten³⁵⁶ Abweichungen des Entwurfs von Art. 1403 BW ist insbesondere die Grundsatzdiskussion um das Haftungskonzept von Interesse. Die ursprüngliche Fassung der Elternhaftung des Entwurfs war konsequent als Verschuldenshaftung ausgestaltet³⁵⁷. Sie war auch weiterhin Haftung für vermutetes Verschulden und wurde ergänzt durch eine Billigkeitshaftung des Minderjährigen. Frühzeitig regten sich jedoch Stimmen, die es nicht bei einer Verschuldensvermutung bewenden lassen wollten³⁵⁸. Man

356 Vgl. "Ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek" (Meijers), 's-Gravenhage 1961, Boek 6, S. 668f.

357 Vgl. Tweede Kamer der Staten-Generaal, Zitting 1974-1975, 7729, Nr. 5 (S. 7f).

358 Wie vor. Fn.

hielt es für unbillig, daß in weiten Fallgruppen der Geschädigte keinen Ersatz zu erlangen vermag. In den Jahren 1975/1976 schwenkte man daher zu einer partiellen Gefährdungshaftung um³⁵⁹: bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres haften die Eltern verschuldensunabhängig. Zwei praktische Vorteile sah man - neben der Billigkeitserwägung - in dieser Lösung: sie war einfach zu handhaben, weil umständliche Beweiserhebungen über ein Aufsichts- oder Erziehungsverschulden überflüssig wurden; den Eltern war - im Gegensatz zum Geschädigten - die Möglichkeit gegeben, den Schaden durch Abschluß einer Versicherung zu kompensieren. Überhaupt hat die Möglichkeit der Versicherung gegen Kindesschäden bei der Gesetzesdiskussion einen weiten Raum eingenommen und wohl auch eine entscheidende Bedeutung ausgeübt. Bei der Versicherungsfähigkeit des Schadens haben insbesondere zwei Praktiken der niederländischen Versicherer eine Rolle gespielt: die "normbesefclausule" und die "opzetclausule"³⁶⁰. Die "Absichtsklausel" besagt, daß der Versicherer bis zum Alter von 12 Jahren und auch dann eintritt, wenn das Kind den Schaden vorsätzlich verursacht hat. Die "Normbewußtseinsklausel" bedeutet, daß der Versicherer auch dann eintritt, wenn der Versicherte. - also auch das allein- oder mitversicherte Kind - altersbedingt oder auf Grund geistiger oder körperlicher Gebrechen die erforderliche Einsicht nicht besaß, d.h. schul unfähig war und deshalb zivilrechtlich nicht zu haften brauchte. Beide Klauseln zusammen führen im Ergebnis dazu, daß der niederländische Versicherer zumindest bis zum Alter von 12 Jahren jeden Kindesschaden abdeckt.

Dies ist ein Beispiel dafür, wie die private Haftpflichtversicherung, die ja an zivilrechtliche Haftungsvoraus-

359 Wie vor. Fn, Nr. 6 (S. 163ff).

360 Übersetzt: Normbewußtseinsklausel und Absichtsklausel; vgl. Tweede Kamer (wie Fn 357) 7729, Nr. 6 (S. 164), 7729, Nr. 18 (S. 13).

setzungen anknüpft, d.h. nur eintritt, wenn der Versicherte zivilrechtlich haftet, im Interesse des Gemeinwohls jene Haftungsvoraussetzungen teilweise aufgibt, und der private Haftpflichtversicherer auf diese Weise in Randbereichen Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Sozialversicherer wahrnimmt. Der zweite Schritt besteht darin, daß der Gesetzgeber nachzieht und die zivilrechtlichen Haftungsvoraussetzungen der versicherungsrechtlichen Praxis anpaßt. Er tut dies nicht (nur), weil eine gesellschaftliche Notwendigkeit für die Änderung der Haftungsvoraussetzungen besteht, sondern (auch) weil die versicherungsrechtliche Praxis so ist: Rückwirkung der Versicherungspraxis auf das Gesetzgebungsverfahren.

Soweit ersichtlich³⁶¹ steht die niederländische Konzeption der Elternhaftung, die de lege ferenda bis zum Alter von 14 Jahren eine Gefährdungshaftung und danach bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres eine Haftung für vermutetes Verschulden vorsieht, inzwischen auf gesichertem Boden. Gestritten wird offensichtlich nur noch darüber, ob die Gefährdungshaftung im Einklang mit strafrechtlichen und versicherungsrechtlichen Verantwortungsgrenzen mit Vollendung des 12. oder 14. Lebensjahres auslaufen soll³⁶².

361 Tweede Kamer (wie Fn 357), 7729, Nr. 6 (S. 164), 7729 Nr. 18 (S. 12f).

362 Vgl. Tweede Kamer (wie Fn 357), 7729, Nr. 13, 18; die Norm lautet de lege ferenda:

"Voor schade, aan een derde toegebracht door een gedraging van een kind dat not niet de leeftijd van veertien jaren heeft bereikt en aan wie deze gedraging derhalve krachtens artikel 6.3.1. 2a niet kan worden toegerekend, is degene die de onderlijke macht of voogdij over het kind nitoeft, aansprakelijk. Voor schade, aan een derde toegebracht, door een font van een kind dat de leeftijd van veertien jaren al wel maar die van zestien jaren nog niet heeft bereikt, is degene die de onderlijke macht of de voogdij over hat kind nitoeft, aansprakelijk, tenzij hem niet kan worden verweten, dat hij de gedraging van het kind niet heft belet."

7 Zusammenfassung

Ein kurzer Blick auf die das deutsche Recht umgebenden Rechtsgebiete läßt deutliche Gemeinsamkeiten zutage treten. Alle die Elternhaftung regelnden Normen sind ähnlich konzipiert. Es soll nicht Aufgabe dieser Untersuchung werden, die Gründe dieser Ähnlichkeit im einzelnen zu erforschen. Maßgeblichen Anteil daran haben jedenfalls die frühen Kodifikationen des österreichischen und französischen Rechts, an die sich spätere Gesetzgeber anlehnten. Dies hat bis zu einem gewissen Grade zu einer Rechtsvereinheitlichung geführt. Durchgängig ist die Elternhaftung (noch) ausgestaltet als eine Haftung für vermutetes eigenes Verschulden, mit Ausnahme des neueren Rechts der DDR und des zukünftigen der Niederlande. Unterschiede bestehen bezüglich der vermuteten Pflichtverletzungen. Während das deutsche Recht bewußt nur am Aufsichtsverschulden anknüpft, beziehen die anderen Rechtskreise auch ein Erziehungsverschulden mit ein. Dies muß im Ergebnis zu einer Verschärfung der Haftung führen, weil selbst bei gehöriger Aufsichtsführung die Frage auftaucht, warum das Kind erzieherisch nicht vorbereitet war. Deutlich wird dies insbesondere in der französischen Rechtsprechung, die unterhalb eines Kindesalters von etwa 14 Jahren praktisch Gefährdungshaftung ist, ähnlich wie die niederländische Regelung de lege ferenda. Insgesamt kann festgehalten werden, daß die Rechtsprechung der uns umgebenden Rechtskreise zu einer gegenüber der deutschen strengeren Elternhaftung führt. Vor diesem Hintergrund stellt sich um so mehr die Frage, welche Entwicklung das deutsche Recht und seine Rechtsprechung zukünftig nehmen soll und kann. Eine Verschärfung der Elternhaftung stößt de lege lata ja auf verfassungsrechtliche Bedenken. Daß andererseits durch das Gelingen des Entlastungsbeweises größte Schäden von geschädigten Einzelpersonen zu liquidieren sind, widerspricht dem Gerechtigkeitsempfinden.

IV KINDERSCHÄDEN LEGEN EIN GEÄNDERTES HAFTUNGSKONZEPT NAHE

- 1 Die in § 832 hineinreichenden Interessenkreise verursachen einen Zielkonflikt, der allerdings zum Teil ein Scheinkonflikt ist

Im ersten Teil war bereits darauf hingewiesen worden, daß die jetzige Konzeption des § 832 und auch seine Anwendung in der Rechtsprechung dem gesellschaftlichen Phänomen der Kinderschäden, d.h. der von Kindern angerichteten Schäden, kaum und in Teilbereichen überhaupt nicht gerecht zu werden vermag. Drei Interessenlagen spielen in § 832 hinein: Das Interesse des Geschädigten auf Ersatz seines Schadens, das der Eltern, möglichst durch Kinderschäden nicht über Gebühr belastet zu werden und das diese überlagernde, nicht vermögensrechtliche Interesse des Kindes und der Eltern nach einer sachgerechten Erziehung. Daneben steht § 832 wie jedes Schadenstragungssystem unter dem Einfluß noch weiterer allgemeiner - juristischer und volkswirtschaftlicher - Überlegungen. Die Besonderheit der Elternhaftung im schadensrechtlichen System liegt jedoch zweifelsohne in jenem Zielkonflikt zwischen Erziehung und Schadensverhütung. Totale "Kuratel" hilft sicher Schäden verhüten, steht aber der Persönlichkeitsentwicklung im Wege.

Dieser Zielkonflikt ist allerdings in volkswirtschaftlicher und auch individueller Sicht zum guten Teil nur ein Scheinkonflikt. Dies sei erläutert. Ein frühzeitig auf Eigenverantwortlichkeit hin erzogener Minderjähriger ist an der Schwelle zur Volljährigkeit - wenigstens im statistischen Schnitt - wesentlich lebensstüchtiger, umsichtiger und mit Gefahren mehr vertraut, als der isoliert, unter strenger Aufsicht, mit vielen Verboten belegte und von allen Gefahren ferngehaltenen Jugendliche. Ein Gutteil der Schäden, die der eigenverantwortlich erzogene und daher selbständige

Jugendliche hinter sich hat, wird der weniger mit den Umweltgefahren vertraute nachholen. Das gilt sowohl für Eigen- als auch für die hier interessierenden Fremdschäden. Es ist z.B. nicht nur unter dem Aspekt der Erziehung, sondern auch der Schadensverhütung sachdienlicher, wenn der Minderjährige mit 16 Jahren mit dem Moped umzugehen lernt, auch auf die Gefahr hin, daß er damit einen Schaden verursacht, als wenn er sich mit 18 Jahren unerfahren auf das schwere Motorrad setzt. Volkswirtschaftlich handelt es sich daher beim Kindesschaden zum Teil um einen vorgezogenen Erwachsenenschaden. Der Zielkonflikt ist in diesem Teilbereich nur ein vermeintlicher: es handelt sich eher um ein Problem der Schadensverlagerung. Diese Feststellung entschärft auch aus individueller Sicht den Zielkonflikt. Der Geschädigte und die Allgemeinheit können sozusagen über manchen Kinderschaden froh sein, denn jener hat spätere und möglicherweise schwerere Schäden verhindern helfen.

Trotz allem, ein Zielkonflikt zwischen Erziehung und Schadensverhütung bleibt bestehen. Das Gesagte sollte den Zielkonflikt nur entschärfen: die Prävention des Kindesschadens vermag Erwachsenenschäden zu erzeugen. Es sollte weiter eine Weichenstellung für die nachfolgende Untersuchung sein. Sie wird das Präventionsproblem nicht vorrangig, sondern nur marginal behandeln. Zwar ist der Schaden immer noch der beste, der verhütet werden konnte, es wird jedoch nachfolgend davon ausgegangen, daß wir mit dem Problem des Kindesschadens nun einmal leben müssen. Es wird also nicht vorrangig untersucht werden, welche Konzeption der Elternhaftung Kinderschäden am ehesten verhindern kann. Diese Frage ist einem System der Schadenstragung kaum zu überantworten. Einmal ist der Stellenwert der Prävention - wie dargelegt - in allgemeiner und volkswirtschaftlicher Sicht äußerst zweifelhaft. Zum anderen hat das erzieherische und daher familienrechtliche Leitbild Vorrang vor der Schadensverhinderung. Nicht mit der Verhinderung,

sondern mit der Folgenbewältigung von Schäden wird sich die Darstellung daher in erster Linie befassen: wie sollte ein Schadenstragungssystem aussehen, das den drei Interessenkreisen am ehesten gerecht wird?

2 Die vier theoretisch denkbaren Schadenstragungssysteme

Zunächst seien die verschiedenen überhaupt in Frage kommenden Modelle der Schadenstragung skizziert. Terminologisch ist klarzustellen, daß hier - in Übereinstimmung³⁶³ mit dem allgemeinen Gebrauch der Begriffe - unterschieden wird zwischen Schadensüberwälzung und Schadensverteilung. Unter Schadensüberwälzung wird die Verlagerung des Schadens vom Geschädigten auf den Schädiger verstanden, unter Schadensverteilung die vom Geschädigten oder Schädiger auf ein Kollektiv, insbesondere eine Versicherung. Schließlich wird unter Schaden nicht verstanden, was letztlich bei wem als Belastung verbleibt, sondern der sich unmittelbar aus der schädigenden Handlung beim Träger des verletzten Rechtsguts ergebende Güter- und Werteverzehr, der sich als Regenerationsbedarf niederschlägt.

Bezüglich der Behandlungen dieses Werteverzehrs sind prinzipiell vier Lösungsmöglichkeiten denkbar: erstens, ein Verbleib des Schadens beim sog. ersten Schadensträger (d.h. dem Träger des verletzten Rechtsgutes) ohne Überwälzungsmöglichkeit; zweitens, ebenfalls ein Verbleib beim Geschädigten, aber verbunden mit einer Verteilung auf ein Kollektiv (Unfall- oder Sachversicherung); drittens, eine Überwälzung auf den Schädiger; viertens, eine Überwälzung verbunden mit einer Verteilung (Haftpflicht-Versicherung). Selbstverständlich sind ausgehend von diesen vier grundsätzlichen Lösungsmöglichkeiten noch Mischsysteme möglich, wie z.B. die Variante, daß bei

363 Vgl. Esser, Gefährdungshaftung, S. 120ff.

grundsätzlicher Überwälzung Bagatellschäden ausgenommen sind, d.h. beim Geschädigten verbleiben, oder die, daß im Versicherungsfall durch Einführung einer sog. Selbstbeteiligung ein Teil des Schadens nicht verteilt werden kann. Auch eine mittelbare Belastung durch ein Bonus-Malus-System ist denkbar.

3 Die Überwälzungsfähigkeit von Schäden

Wenn von Schadenstragungssystemen die Rede ist und insbesondere Probleme der Schadensüberwälzung erörtert werden, dann bedarf es noch einer Unterteilung der Schäden nach dem Grad oder der Intensität menschlicher Beteiligung. Nicht jeder Schaden ist überwälzungsfähig. So würde es elementaren Gerechtigkeitsvorstellungen widersprechen, wenn auch Schäden, die auf höherer Gewalt, z.B. dem Blitzschlag, beruhen (individuell) übergewälzt würden. Für derartige nichtüberwälzungsfähige Schäden hat sich denn auch frühzeitig ein System genossenschaftlicher bzw. kollektiver Schadenstragung, ein Schadensverteilungssystem ohne Überwälzung herausgebildet (Raiffeisenkassen, Feuerversicherungen)³⁶⁴. Eine weitere Gruppe von Schäden läßt sich ebenfalls problemlos zuordnen: diejenigen, die auf einem schuldhaften Verhalten beruhen (Vorsatz oder Fahrlässigkeit). Sie werden aufgrund des Verschuldensprinzips auf den schuldhaft handelnden Täter übergewälzt. Schwierigkeiten bereitet insbesondere die dritte Gruppe von Schäden, die auf niemandes Verschulden, aber auch nicht auf höherer Gewalt beruhen. Es sind jene Schäden, die in der Mitte zwischen den beiden Polen, dem Verschulden und der höheren Gewalt, liegen, die - wie gesagt wird - auf "Zufall" beruhen. Sie sind zurückzuführen auf eine - möglicherweise gefährliche - menschliche Betätigung, das unterscheidet sie von der Gruppe der Schäden aufgrund höhe-

364 Wie vor. Fn, S. 78

rer Gewalt. Sie beruhen auf Gefahren, die durch menschliche Willenskraft nur bedingt beherrschbar sind, ihr Erscheinen ist statistisch erfaß- und voraussehbar, das rückt sie in die Nähe der höheren Gewalt.

Das BGB hat sich prinzipiell dafür entschieden, nur verschuldete Schäden überzuwälzen (Verschuldensprinzip). Die Schäden aus gefährlicher Betätigung werden nur ausnahmsweise (§§ 833ff) übergewälzt (Gefährdungshaftung) und verbleiben ansonsten beim Geschädigten. Die meisten Gefährdungshaftungstatbestände sind in Spezialgesetzen untergebracht. In diesem Sinne wird auch von der "Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts" gesprochen³⁶⁵.

Eine von diesen Grundsätzen abweichende Regelung trifft § 832 durch die Beweislastumkehr. Hier hat der Schädiger einen Teil des Zufallschadens zu tragen, wenn nämlich die Eltern kein Aufsichtsverschulden trifft, sie dies aber nicht zu beweisen vermögen. Durch die Vermutung des § 832 wird ein Teil des Zufallschadens umgeschichtet, d.h. vom Geschädigten auf den Schädiger verlagert. Allerdings ist in der Praxis die durch die Beweislastumkehr umgeschichtete Schadensgruppe wesentlich größer. Im herkömmlichen System trägt der Geschädigte neben dem Fallsschaden auch noch einen nicht unerheblichen Teil des Verschuldensschadens. Viele schuldhaft verursachte Schäden werden im täglichen Leben vom Geschädigten still liquidiert, nur weil es unmöglich oder zu schwierig ist, die Fahrlässigkeit oder Ursächlichkeit des Verhaltens des Schädigers zu beweisen. Die Beweislastumkehr ordnet diese auf Verschulden beruhende Schadensgruppe problemlos dem Schädiger zu. Aus alledem ergibt sich, daß die im Rahmen der Zuordnung problematische Schadensgruppe aus dem Fallsschaden und einem Teil des Verschuldensschadens besteht.

365 Esser, Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts, JZ 1953, 129

Ein Schadenstragungssystem, das auch den Zufallschaden dem Schädiger zuordnete, böte den Vorteil, daß die problematische Abgrenzung zwischen Verschulden und Zufall entfielen. Die verschobene Grenzlinie zwischen Zufall und höherer Gewalt ist wesentlich problemloser zu ziehen. Diesen Vorteil besäße allerdings auch ein System, das den Zufallschaden einschließlich des Verschuldenschadens - mit Ausnahme des Vorsatzschadens - beim Geschädigten beließe. Die neue Zäsur zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit wäre ebenfalls leichter zu bestimmen.

4 Die Elternhaftung sollte nicht auf ein Verteilungssystem verzichten

Vor dem Hintergrund der in § 832 hineinragenden Interessenkreise soll vorab die Brauchbarkeit eines Schadenstragungssystems untersucht werden, das auf einen Verteilungsmechanismus verzichtet. Kann ein System, das den Schaden individuell kanalisiert, d.h. ihn beim Schädiger oder Geschädigten beläßt, den Anforderungen genügen?

4.1 Bei einem System, das auch den verschuldeten Schaden beim Geschädigten beläßt, ist ein Verteilungsmechanismus unumgänglich

Das Modell ohne Überwälzung kann nicht ohne einen Verteilungsmechanismus auskommen. Bei ihm hat der Geschädigte ja auch den verschuldeten Schaden zu tragen. Ein derartiger Schadenstragungsmodus, der auf dem Rechtsgedanken des "casum sentit dominus"³⁶⁶ basiert, ist unserem Rechts-

366 Mataja, V.: "Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie, Leipzig 1888, S. 11ff, 46

kreis fremd³⁶⁷, weil er den Verzicht auf Streben nach Gerechtigkeit bedeuten würde. Dies gilt auch für ein Mischsystem, das den auf Fahrlässigkeit beruhenden Schaden nicht überwälzt, während es den auf Vorsatz beruhenden Schaden doch dem Schädiger zuteilt. Wenn verschuldeter Schaden dem Geschädigten zugerechnet wird, dann ist die Einführung eines Verteilungsmechanismus' unumgänglich. Durch Verteilung auf ein Kollektiv im Wege einer Zwangsversicherung ist dem auch immer Rechnung getragen worden, wie die gesetzliche Unfallversicherung der Arbeitnehmer und jüngst die der Schüler und Studenten und Kinder in Kindergärten³⁶⁸ belegt. Aber auch im Bereich der Sachschäden stieße eine Nichtverteilung bei schuldhafter Schädigung auf verfassungsrechtliche Bedenken³⁶⁹.

4.2 Auch ein System der Überwälzung böte in Verbindung mit einem obligatorischen Verteilungsmechanismus unübersehbare Vorteile

Daß ein auf der Überwälzung vom Geschädigten auf den Schädiger aufbauendes System heutzutage ohne kollektiven Verteilungsmechanismus auskommen kann, war bereits im ersten Teil der Arbeit in Frage gestellt worden. Es ist hier näher zu begründen. Kollektiver Verteilungsmechanismus auf seiten des Schädigers bedeutet ja Pflicht-Haftpflicht-Versicherung, ähnlich der der Kraftfahrzeughalter nach dem Pflichtversicherungsgesetz von 1939. Die Notwendigkeit eines obligatorischen Verteilungsmechanismus' kann in Zweifel gezogen werden, da es ja die Möglichkeit eines Vertragsabschlusses über eine sog. Privathaftpflichtversicherung gibt³⁷⁰. Eine solche Privathaftpflichtversicherung deckt die Schäden aus eigener Verantwortlichkeit der

367 Weyers, aaO, S. 485

368 BGBl 1971 I, 237f; Schwankhart, NJW 1972, 1122

369 An eine Verletzung von Art. 14 GG wäre z.B. zu denken.

370 Vgl. Prölss-Martin, aaO, S. 680ff, 781f, 830f.

Eltern sowie auch solche aus der Verantwortlichkeit der unverheirateten Kinder, solange diese sich noch in der Ausbildung befinden, mit ab³⁷¹.

4.2.1 Über die Versicherungsdichte bei der Privathaftpflicht liegt exaktes statistisches Material leider nicht vor³⁷². Der geschätzte Prozentsatz der versicherten Haushalte schwankt zwischen 25 und 50 Prozent³⁷³. Die wirkliche Prozentzahl dürfte in der Mitte liegen, so daß davon auszugehen ist, daß etwa ein (gutes) Drittel der Haushalte privathaftpflichtversichert ist³⁷⁴. Einer Versicherungsdichte von c.a. 35 % ist zu entnehmen, daß offenbar in weiten Kreisen der Bevölkerung ein Bedürfnis nach einer solchen privaten Vorsorge besteht. Ob dieses Bedürfnis von etwa einem Drittel den volkswirtschaftlichen Bedarf nach Versicherung abdeckt, erscheint fraglich. Leider fehlt auch jede schichten- bzw. kinderzahlbezogene Untersuchung. Es steht zu vermuten, daß das versicherte Drittel sich weniger aus kinderreichen oder einkommensschwachen Haushalten zusammensetzt, als vielmehr aus der der planvollen Daseinsvorsorge zugewandten Bildungsschicht. Die Vermutung liegt nahe, daß volkswirtschaftlicher Bedarf und durch Versicherung abgedecktes Bedürfnis auseinander-scheren. Oder anders: hinter dem nichtversicherten Teil der Bevölkerung verbergen sich mit einiger Wahrscheinlichkeit die Haushalte, die wegen der Familiengröße oder des Einkommens besonders vorrangig zu versichern wären.

Die rigorose Strenge der Elternhaftung in Frankreich, die ja bis etwa zum 14. Lebensjahr einer Gefährdungshaftung gleichkommt, hat dort z.B. keinen Einfluß auf die

371 Vgl. Ziff I 1 u. II 1b der "Besonderen Bedingungen und Risikobeschreibungen für die Privathaftpflichtversicherung". Prölss-Martin, aaO, S. 830ff.

372 Vgl. Weyers, aaO, S. 117.

373 Röhrer, Klaus, Marktforschung und Versicherungsbedarf, Karlsruhe 1967, S. 42ff, 44

374 Hiervon geht wohl auch Weyers aus, aaO, S. 117 u. dort Fn 4.

Versicherungsdichte. Zwar liegt auch in Frankreich exaktes Zahlenmaterial nicht vor, ein Rückschluß aus der Höhe des Prämienaufkommens der allgemeinen Haftpflichtversicherung läßt aber die Schätzung zu, daß die Versicherungshäufigkeit eher geringer ist als in Deutschland³⁷⁵. Auch dies scheint die These zu stützen, daß die Neigung zum Abschluß einer Versicherung weniger vom Haftungsrisiko abhängig ist, als vielmehr von - sicherlich auch schichtenspezifischen - menschlichen Grundhalten.

4.2.2 Es ist die Frage, ob neben dieser Vermutung noch andere Gründe dafür sprechen, den Abschluß einer Privathaftpflichtversicherung der privaten Disposition zu entziehen und für die Zeit der Eigenverantwortlichkeit der Eltern nach § 832 die Haftpflichtversicherung zu einer obligatorischen zu machen. Der Ruf nach einem potenten letzten Schadensträger wird ja immer dann laut, wenn die Schäden in qualitativer und quantitativer Hinsicht einen gewissen Schwellenwert übersteigen³⁷⁶. Die Belastungsgrenzen bei demjenigen, der den Schaden wirtschaftlich zu tragen hat - gleich, ob dies der erste, zweite oder letzte Schadensträger ist -, dürfen einen statistisch ermittelbaren Schwellenwert nicht übersteigen³⁷⁷. Das gilt sowohl für die Häufigkeit als auch für die Höhe der Belastung. Wird dieser Grenzwert überschritten, dann kann die staatliche Garantie der gerichtlichen Feststellung eines Anspruchs zur Farce geraten, wenn nämlich von vornherein für eine Großzahl der Fälle feststeht, daß Ersatz nicht oder in nicht ausreichendem Umfange zu erlangen ist. Der soziale Staat hat bei Erreichen derartiger statistischer Daten im Bereich der Schadensvorsorge einzugreifen. Dies liegt auch deshalb nahe, weil er im Endergebnis doch ein Großteil der Kosten, die aus der

375 Vgl. Weyers, aaO, S. 172/173.

376 Großfeld, aaO, S. 694

377 Wie vor. Fn, S. 693ff.

Nichtrealisierung erwachsen, als Sozialstaat zu übernehmen hätte. Über den Umweg anderer Sozialgesetze müßte er letztlich einspringen und würde so doch zum letzten Schadensträger werden. Die Situation mag heute besser als um die Jahrhundertwende sein, als nach einer Schätzung davon auszugehen war, daß etwa 80 % der Haftpflichtforderungen wirtschaftlich wertlos war, weil nicht genügend haftendes Vermögen vorhanden war³⁷⁸. Was die Höhe der Kinderschäden angeht, so liegt ebenfalls zuverlässiges statistisches Material nicht vor. Aus der allgemeinen Entwicklung der Haftpflichtschäden, die sich - auch in der Privathaftpflicht - durch ständige Prämienerrhöhungen niederschlägt, läßt sich jedoch der Schluß ziehen, daß die stetig steigende Schadenshöhe auch vor dem Kinderschaden nicht Halt macht. Plausible Gründe für eine gegenläufige Entwicklung sind jedenfalls nicht vorhanden.

Außerdem scheint in diesem Zusammenhang ein nicht statistisches Argument zur Schadenshöhe angebracht. Bei der Frage der Versicherungsnotwendigkeit spielt nicht allein der statistische Durchschnittsschaden eine Rolle, sondern auch das seltenere Extremrisiko, das sich hinter dem Durchschnittswert verbirgt. Angesichts der Technisierung der Umwelt, in der die Kinder aufwachsen, liegt die Vermutung nahe, daß der extrem hohe Eigen- und Fremdschaden stetig zunimmt. Damit ist die Gefahr verbunden, daß sowohl beim ersten Schadensträger dem Geschädigten, als auch beim zweiten Schadensträger die Schadenstragfähigkeit fehlt. Auch aus diesem Grunde brennt die Versicherung der Eltern gegen von ihren Kindern angerichtete Schäden auf den Nägeln³⁷⁹.

Weyers³⁸⁰ hat die Sicherung des Verletzten durch obligatorischen Abschluß einer Haftpflichtversicherung als "kopernikanische Wende" des Schadensrechts bezeichnet.

378 Weyers, aaO, S. 117

379 v.Hippel, E., NJW 1969, 681ff, 683 u. dort. Fn 36

380 AaO, S. 364

Die Pflichtversicherung setzt einen sozialen Akzent³⁸¹ im Haftpflichtrecht. Er wirkt sich in zweifacher Weise aus. Einmal dient er der Sicherung des Verletzten, zum anderen vermag er aber auch den Schädiger vor einer existenzgefährdenden Belastung zu bewahren. Die Einführung einer Pflichtversicherung gegen Kinderschäden ist ferner aber auch dem dritten Interessenkreis, dem der Erziehung des Kindes, förderlich. Befreit von dem Damoklesschwert einer Haftung vermögen die Eltern das Kind im Sinne ihres erzieherischen Leitbildes zu erziehen. Unerwünschte Rückwirkungen, die die Haftung auf jenes Leitbild ausüben können, würden beseitigt.

Eine Pflichtversicherung hätte den weiteren Vorteil, daß Unebenheiten in der Rechtsprechung geglättet würden. Es ist ein offenes Geheimnis, "daß die Gerichte - in der Beratung leichter als im Urteil ausgesprochen - dazu neigen"³⁸², den Bestand einer Versicherung in ihre Entscheidung mit einzubeziehen. Ob die Eltern versichert waren, entscheidet gerade bei § 832 oft darüber, ob es sich um eine fahrlässige Aufsichtspflichtverletzung handelt. Weyers³⁸³ spricht in diesem Zusammenhang und unter Berufung auf die Rechtsprechung zu Spielunfällen gar von "Manipulation". Wenn die Frage der Schadensverteilung (Versicherung) so deutlich Einfluß nimmt auf die Frage der Schadenszuordnung, dann sollte man dem auch offen Rechnung tragen und dem Verteilungsgesichtspunkt durch Einführung einer Pflichtversicherung den gebührenden Stellenwert einräumen, zumal es an Vorschlägen für ein pflichtversicherungsrechtliches Konzept nicht fehlt³⁸⁴.

Zusätzlich würden die verfassungsrechtlichen Bedenken, denen § 832 de lege lata begegnet, beseitigt. Auch die Haftung für vermutetes eigenes Verschulden ist ja teil-

381 Großfeld, aaO, S. 696

382 Wie vor. Fn.

383 AaO, S. 565 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf BGH FamRZ 1968, 587 u. v.Hippel FamRZ 1968, 574

384 S. v.Hippel FamRZ 1968, 574f, ZRP 1973, 27ff; Tunc,

weise Gefährdungshaftung, wenn nämlich die Eltern schuldlos sind, dies aber nicht zu beweisen vermögen. Mit dem Schutz der Familie (Art. 6 I GG) durch den Staat würde es sich schlecht vertragen, wenn sie gleichwohl bei nicht beweisbarer Schuldlosigkeit mit einer ihre Belastungsgrenze erreichenden Schadensersatzverpflichtung konfrontiert würden. Dieses verfassungsrechtliche Bedenken könnte durch eine Pflichtversicherung ausgeräumt werden. Die Einführung der Pflichtversicherung stieße demgegenüber nicht auf verfassungsrechtliche Bedenken. Sie bedeutete keinen Eingriff in materielle Eltern- oder Familienrechte. Die geringfügige finanzielle Belastung könnte durch eine steuerliche Berücksichtigung - z.B. im Rahmen eines erhöhten Kinderfreibetrages - kompensiert werden.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß eine Pflichtversicherung allen Interessenkreisen förderlich wäre. Sie würde die Spannungen, denen § 832 ausgesetzt ist, beseitigen und zu einer geradlinigeren und einheitlicheren Rechtsprechung führen. In einem auf der Überwälzung des Schadens aufbauenden System sprechen alle Gesichtspunkte von Belang dafür, daß der Staat nicht nur seiner gesetzlichen Pflicht zur Hilfestellung bei der Feststellung des Anspruchs im Erkenntnisverfahren, seiner Durchsetzung im Vollstreckungsverfahren nachkommt, sondern darüber hinaus auch noch für seine wirtschaftliche Sicherung und Realisierung durch Ausdehnen der Pflichtversicherung auf die Elternhaftung sorgt³⁸⁵.

4.2.3 Die Einführung einer Pflichtversicherung im System der Schadensüberwälzung würde weiterhin den Weg ebnen für eine auch materiell-rechtliche Reform der Eltern-

L'enfant et la balle. Réflexions sur la responsabilité civile et l'assurance, J.C.P. 1966 I 1983.

385 Das deutsche Recht kennt heute etwa 20 Pflichtversicherungen, vgl. den Überblick bei Prölss-Martin, aaO, S. 23ff.

haftung, wie sie immer wieder vorgeschlagen und verlangt wird. Eine Schadensordnung - darauf ist hingewiesen worden³⁸⁶ -, die für den weiten Bereich der Zufallsschäden, d.h. jener mit einer menschlichen Betätigung zusammenhängenden, jedoch unverschuldeten Schäden den Schaden beim Geschädigten belasse, sei - in diesem Bereich - eben keine Schadensordnung, sondern bedeute den Verzicht einer solchen. Ein Verschuldensprinzip, das nur den verschuldeten Schaden überwälzt und darüber hinaus dem Leitsatz huldigt: "das Opfer trägt den Zufall", basiert auf dem Rechtsatz des "casum sentit dominus". Im Gegensatz zum BGB formuliert das österreichische ABGB diesen Rechtsatz in § 1311 ausdrücklich: "Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet". Der unschuldige Täter braucht nicht zu haften. Wenn das Verschulden der Schlüssel für die Schadensüberwälzung ist, dann ist es verständlich, daß der Grenzbereich zwischen Zufall und Verschulden, also die leichte Fahrlässigkeit, in einem besonderen Spannungsfeld liegt. Gerade § 832 ist ein Musterbeispiel dafür, wie durch flexible Anforderungen an das, was unter der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu verstehen ist, ein Fall von der einen in die andere Schadensgruppe verlagert werden kann und an den Sachverhalt damit die umgekehrte Rechtsfolge geknüpft wird. Oft wird die Fahrlässigkeit zum Notbehelf³⁸⁷, der eine Schadenszuteilung nur deshalb vornimmt, weil der "Verletzte noch unschuldiger ist"³⁸⁸ als der Verletzer (bzw. weil dieser versichert ist).

Abgesehen von dieser nicht selten willkürlichen Abgrenzung zwischen Verschulden und Zufall sprechen noch andere gewichtige Gründe für eine Objektivierung der Einstandspflicht, für die Einführung einer Gefährdungshaftung auch und gerade für die Elternhaftung. Ein gewisser Grad der Entindividualisierung der zivilrechtlichen Verantwortlich-

386 Esser, Gefährdungshaftung, S. 73

387 Weyers, aaO, S. 585

388 Wiethölter, Rudolf: Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, Karlsruhe 1960, S. 49

keit im Bereich der Fahrlässigkeit ist bereits durch den sog. objektiven Fahrlässigkeitsbegriff erreicht³⁸⁹. Entsprechend der Ausgleichsfunktion des Zivilrechts wird ja nicht auf einen individuellen, sondern objektiven Maßstab abgestellt. Fahrlässigkeit ist danach dann gegeben, wenn jemand unter der Norm eines durchschnittlich veranlagten und vernünftigen Zeitgenossen aus dem gleichen Berufs- oder Lebensbereich bleibt. Ohne Rücksicht darauf, ob ihm das Nichterreichen dieser "normativen" Fahrlässigkeit zum Vorwurf zu machen ist, wird eine Haftung ausgelöst. Subjektiven Momenten wird nur in beschränktem Umfang (ausnahmsweise) Rechnung getragen. Längst handelt es sich also nicht mehr um einen "Vorwurf" der Fahrlässigkeit, als vielmehr um die Feststellung, die Norm nicht erreicht zu haben. Das Verschuldensprinzip - ohne Verschulden keine Haftung - gilt für die Fahrlässigkeitstat nur mit der Einschränkung, daß auf individuelle Besonderheiten nur ausnahmsweise Rücksicht genommen wird. Unser Haftungsrecht ist also so individuell nicht.

Eine andere Überlegung, die auch als Argument für die Einführung einer Pflichtversicherung diene, sollte für eine weitere Objektivierung, d.h. eine Entwicklung des Schadensersatzrechts in Richtung auf eine Gefährdungshaftung ausschlaggebend sein: die zunehmende Schadenshöhe und -häufigkeit. Ein System, das den Zufallsschaden beim Geschädigten beläßt, kann ja nur solange seine Ausgleichsfunktion erfüllen, wie diese Schäden ihrer Höhe und Häufigkeit nach bestimmte Grenzwerte nicht übersteigen³⁹⁰. Auch ohne daß statistisches Material vorliegt, kann davon ausgegangen werden, daß auch im Bereich der Kinderschäden die Schadenshöhe und -dichte ständig steigt. Zudem spielt

389 Esser, Bd I, S. 247 f; Weyers, aaO, S. 387

390 Vgl. Großfeld, aaO, S. 693ff, 694, der in diesem Aufsatz die Entwicklungslinien des Haftpflichtrechts einprägsam aufgezeichnet hat.

auch hier der aufgrund der Technisierung der Umwelt und der Mobilität der Jugend extrem hohe Schaden eine Rolle. In einer Zeit, in der bei einer immer größeren Zahl von Schäden die Feststellung der Fahrlässigkeit Schwierigkeiten bereitet, weil der minimalste Fehler durch den Gebrauch technischer Energie einen verhängnisvollen Multiplikator erfährt, stößt das Verschuldensprinzip an die Grenze seiner Funktionstauglichkeit. Dies gilt in ganz besonderem Maße für Kinderschäden. Hier potenzieren sich die Fehlerquellen: das noch unerfahrene Kind beherrscht die Gefahren noch weniger als der Erwachsene, es ist andererseits neugierig, sie kennenzulernen und kann und soll wiederum nicht so beaufsichtigt werden, daß es mit diesen Gefahren überhaupt nicht in Berührung kommt. All die Überlegungen, die für die Einführung einer Gefährdungshaftung sprechen, werden im Bereich der Elternhaftung dadurch verstärkt, daß das Kind im Gegensatz zum technischen Gerät nicht einmal theoretisch vollständig beherrschbar ist, deshalb z.B. auch mit diesem Gerät, mit dem selbst Erwachsenen bei Anspannung verkehrsüblicher Sorgfalt zahlreiche Fehler unterlaufen, relativ unerfahren in Berührung kommen kann. Es sind gewissermaßen zwei Betriebsgefahren, die sich im Bereich der Elternhaftung überlagern: die hinter der technisierten Umwelt lauende Betriebsgefahr und die "Betriebsgefahr" Kind.

Alle denkbaren Gesichtspunkte sprechen in einem System der Schadensüberwälzung vor dem Hintergrund der Pflichtversicherung für die Einführung einer Gefährdungshaftung. Dabei ist die Frage, ob man diese Gefährdungshaftung mit Erreichen einer bestimmten Altersgruppe - z.B. mit Erreichen des 14. Lebensjahres - auslaufen läßt, auch abhängig von der allgemeinen schadensrechtlichen Entwicklung, insbesondere davon, inwieweit der Gedanke der Gefährdungshaftung weiter an Boden gewinnt und neue Haftungsbereiche erfaßt. Es ist nicht zu verkennen, daß die Gefährdungshaftung weltweit zunehmend im Vormarsch begriffen ist³⁹¹.

³⁹¹ Vgl. Weyers, aaO, S. 385f; zu den Gründen Großfeld, aaO, S. 693ff.

Die praktikabelste Lösung wäre es, für den gesamten Bereich der Minderjährigkeit eine Gefährdungshaftung einzuführen. Kombiniert mit einer Pflichtversicherung wäre aber auch ein Mischsystem funktionsfähig.

Das BGB ist in einer Zeit der "Hochblüte des Verschuldensprinzips" geschaffen worden. Seine geistigen Grundlagen³⁹² waren eine dynamische Epoche, die bestimmt war von gründerzeitlichem Pioniergeist. Eine strengere Haftung als die für Verschulden wurde als unzumutbare Fessel für jenen unbändigen gesellschaftlichen Vorwärtsdrang empfunden. Diese Grundlagen erfuhren durch ähnliche gesellschaftliche Ausgangspositionen nach den Weltkriegen eine Verstetigung, was möglicherweise einer frühzeitigen Korrektur des Verschuldensprinzips im Wege stand. Inzwischen hat sich die Zeit geändert, eine Akzentverlagerung sich vollzogen. Nicht mehr das industrielle Wachstum um (fast) jeden Preis steht im Vordergrund, sondern die Folgenbewältigung der Technisierung unserer Umwelt (Umweltschutz, Produzentenhaftung). Das Verlangen nach "statischer Sicherheit"³⁹³ sollte auch zu einem Überdenken des Verschuldensprinzips führen.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß unter den denkbaren Schadenstragungssystemen eigentlich nur zwei Modelle den Anforderungen, die an ein Recht, das sich den Ausgleich von Kinderschäden zum Ziel setzt, gerecht werden. Im System der Schadensüberwälzung ist das eine Gefährdungshaftung der Eltern, verbunden mit einer Pflichtversicherung. Ohne Zuteilung des Schadens an den Schädiger kommt nur ein System der allgemeinen Unfall- und Sachversicherung, eine Art Volksversicherung, in Frage.

392 Hierzu: Esser, Gefährdungshaftung, S. 50ff, 54f.

393 Weyers, aaO, S. 568

5 Ein Vergleich der verbesserten Systeme

Sowohl die allgemeine Unfall- und Sachversicherung³⁹⁴ als auch ein weiterentwickeltes Pflichtversicherungsrecht³⁹⁵ sind in anderem Zusammenhang, nämlich bei der Reform der Kraftfahrtversicherung, vorgeschlagen und erörtert worden, wie es überhaupt an Vorschlägen für eine Reform des Schadensrechts nicht fehlt³⁹⁶. Dabei ist bei der Abwägung der Vor- und Nachteile der Systeme zumindest eine verhaltene Vorsicht nicht zu verkennen³⁹⁷. Diese hat auch die Reformbestrebungen für ein neues Haftungskonzept der Eltern nicht unberührt gelassen³⁹⁸. Im Folgenden soll versucht werden, die Funktionsfähigkeit der beiden ausgewählten Systeme speziell in bezug auf Kinderschäden zu untersuchen.

5.1 Der Gesichtspunkt eines schnellen und ausreichenden Schadensausgleichs

Beiden Systemen ist der Vorteil eines vollen Schadensausgleichs gemeinsam. Dadurch, daß Haftungskollektive in der Form der privaten oder öffentlich-rechtlichen Versicherungen als letzte Schadensträger auftreten, ist der Schadensausgleich wirtschaftlich gesichert.

394 v.Hippel, Schadensausgleich; Güllemaun, D., aaO

395 Borgmann, ZRP 1973, 53ff

396 Aus dem unübersehbaren Schrifttum:

Möller, Hans: Die Überwindung der Haftpflichtversicherung, JW 1934, 1076ff, 1080; Sieg, Karl: Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz?, ZHR 113 (1950), 95ff, 101ff; v.Hippel, E.: Schadensausgleich bei Verkehrsunfällen, Berlin/Tübingen 1968; Güllemaun, D.: Ausgleich von Verkehrsunfallsschäden im Lichte internationaler Reformprojekte, Berlin 1969; v.Hippel, E., JZ 1972, 735ff; v.Hippel, E., ZRP 1973, 27ff.

397 v.Hippel, ZRP 1973, 27ff, 29; Borgmann, ZRP 1973, 54ff; Großfeld, aaO, S. 693ff, 699f

398 v.Hippel, FamRZ 1968, 574f; JZ 1972, 735ff

Es ist insbesondere der gesetzlichen Unfall- und Sachversicherung nachgerühmt worden³⁹⁹, sie Sorge neben dem vollen auch für einen schnelleren Schadensausgleich. In der Tat hat eine allgemeine Volksversicherung ja den Vorzug, daß sie regelmäßig ohne gerichtliche Feststellung des Anspruchs auskommen wird. Es bedarf nicht mehr der Feststellung eines privatrechtlichen Anspruchs, um die Versicherungsleistung auszulösen. Es braucht kein langwieriges gerichtliches Erkenntnisverfahren über Verschulden, Rechtswidrigkeit und Kausalität stattzufinden. Nicht einmal der Schädiger braucht festzustehen, wenn nur Art und Höhe des Schadens unstreitig sind, wird die Versicherungsleistung ausgelöst. All dies sind Vorzüge, die aufgrund des zweischichtigen Tatbestandsaufbaus des § 832 doppelt ins Gewicht fallen.

Der Nachteil, den demgegenüber ein Pflichtversicherungssystem hat, ist allerdings wesentlich geringer, wenn man die hier vorgeschlagenen materiell-rechtlichen Konsequenzen zieht und eine Gefährdungshaftung einführt. Die Schwierigkeiten bei der Schadensabwicklung haben ihre Ursache heute im wesentlichen in der komplizierten materiell-rechtlichen Struktur des § 832⁴⁰⁰. In einem System, in dem die Feststellung des individuellen Anspruchs Voraussetzung für die Auslösung der Ersatzleistung ist, kann diese zügig nur erfolgen, wenn der Anspruch einfach und genau gestaltet ist. Dies Erfordernis bringt eine Gefährdungshaftung mit. Der einzige, wohl kaum ins Gewicht fallende Mehraufwand bestünde darin, daß der "Täter" bzw. seine Eltern zu ermitteln wären. Dieser würde aber wohl weitgehend durch Schwerfälligkeit und Bürokratismus einer staatlichen Monopolverwaltung aufgewogen⁴⁰¹.

399 v.Hippel, Schadensausgleich, S. 40f; ZRP 1973, 29

400 S. hierzu v.Hippel, FamRZ 1968, 574f.

401 Hierauf hat zutreffend Borgmann, ZRP 1973, 57, hingewiesen.

Wägt man beide Systeme unter dem Gesichtspunkt einer schnellen Schadensabwicklung gegeneinander ab, ergeben sich entscheidende Vorteile für das eine oder andere System nicht.

5.2 Der Kostenpunkt

Die Einführung einer allgemeinen Unfall- und Sachversicherung wird weiterhin unter dem Aspekt gefordert, daß sie wesentlich billiger bezüglich ihrer Betriebs- und Verwaltungskosten sei⁴⁰² als eine private Haftpflichtversicherung. In der Tat ist das Problem der Kosten eine zentrale Frage der privaten Assekuranz. Sie hat nur dann langfristig eine Überlebenschance, wenn sie mit den Kosten einer öffentlich-rechtlichen Volksversicherung konkurrieren kann⁴⁰³.

Mehrere Gründe werden für einen Kostenvorteil einer allgemeinen Unfall- und Sachversicherung ins Feld geführt⁴⁰⁴. Es entfielen z.B. jener sich aus der Wettbewerbssituation der privaten Versicherungsgesellschaften ergebende Aufwand für Werbung. Darüber hinaus würde die Schadensabwicklung bei einem möglichen Mitverschulden einfacher, da ohnehin alles aus einem Topf fließt und sich die Versicherer nicht untereinander über den Grad des Mitverschuldens bzw. der Mitverursachung auseinanderzusetzen haben. Die Kosten für die Ausgabe individueller Haftpflichtpolicen könnten ebenfalls entfallen. Insbesondere wären aber bei einer staatlichen Einheitsversicherung die Kosten nicht mit einem Gewinnanteil⁴⁰⁵ sowie dem

402 v.Hippel, Schadensausgleich, S. 99ff

403 Vgl. Frey, in: Versicherungswirtschaft 1968, 9ff.

404 v.Hippel, Schadensausgleich, S. 101ff

405 Vgl. Börner, Versicherungswirtschaft 1967, 1094ff, 1096: Im Jahre 1966 betrug der Gewinn der Kraftverkehrsversicherer bei einem Gesamtprämienaufkommen von 4,1 Milliarden DM etwa 93 Millionen DM (das sind etwa 2,3 % des Prämienaufkommens). Hierin eingeschlossen ist nicht der Zinsertrag auf die Prämien.

Provisionsaufwand⁴⁰⁶ belastet. In dem Reformvorschlag E. v.Hippels ist die Kostenproblematik vor allem vor dem Hintergrund ausländischer Rechtskreise gesehen worden. So betragen die Betriebskosten der privaten Haftpflichtversicherer in den USA etwa 56 %. Es ist aber bereits mehrfach darauf hingewiesen worden, daß derartige Verhältnisse auf die Bundesrepublik nicht übertragbar sind⁴⁰⁷. Bei der Kraftverkehrsversicherung beträgt der Verwaltungs-kostenanteil etwa 18 %, der für Anwalts- und Gerichtskosten c.a. 4,5 % des Prämienaufkommens⁴⁰⁸. Demgegenüber liegen die Verwaltungskosten der öffentlich-rechtlichen Sozialversicherung bei 10 %⁴⁰⁹. Trotz dieses prozentualen Kostenvorteils der Sozialversicherung scheint die Argumentation auch im Hinblick auf einzelne Kostenstellen zum Teil vordergründig. Bei gleicher - d.h. vereinfachter - Tätigkeit sind die Personalkosten in einem privatwirtschaftlichen Versicherungsunternehmen mit Sicherheit geringer als in einer staatlichen Monopolverwaltung. Das bedeutet, ein Großteil des prozentualen Betriebskostenüberhangs wird - wie wohl auch die Anwalts- und Gerichtskosten - auf das Konto unseres zu komplizierten Schadensabwicklungsverfahrens gehen, welches wiederum auf einem höchst diffizilen materiellen Recht beruht. Daß Provisionen und Gewinne die Kosten erhöhen, ist Ausfluß des Wettbewerbsprinzips. Dies führt aber auf lange Sicht wieder zu Rationalisierung und Kosteneinsparung⁴¹⁰. Hat schon die Abrechnung mit einem privaten Versicherer oft den Charakter eines Griiffs in einen Selbstbedienungsladen - insbesondere im Bereich der Bagatellschäden -, so erst recht diejenige mit einem staatlichen Monopolträger⁴¹¹.

406 Brugger, Versicherungswirtschaft 1967, 1345ff, 1347

407 Weyers, aaO, S. 37, 151, 639; Borgmann, ZRP 1973, 55; Großfeld, aaO, S. 699

408 Großfeld, aaO, S. 699, für das Jahr 1972

409 v.Hippel, Schadensausgleich, S. 100; Großfeld, aaO, S. 701

410 Man denke in diesem Zusammenhang nur an die zähen Bemühungen einer großen deutschen Versicherungsgruppe zur Reduzierung der Kfz-Reparaturkosten, die sich bereits in den Konstruktionsbüros namhafter Automobilproduzenten niedergeschlagen haben.

411 Der Begriff des "Versicherungsschadens" ist z.B. im

Jedenfalls hat ein gewinnorientiertes privates Unternehmen - neben der Verwirklichung von Gerechtigkeitsvorstellungen - aufgrund seines Gewinnstrebens eine zusätzliche Motivation, sowohl die Verwaltungskosten als auch die Auszahlungskosten zu dämpfen.

Gleiches gilt für die sicherlich kostenverursachende Feststellung eines möglichen Mitverschuldens. Auch sie wird ja nicht um jeden Preis betrieben, sondern nur, wenn die mutmaßliche Einsparung bei der Auszahlung den Mehraufwand an Verwaltungskosten wenigstens deckt. Auch unter dem Gesichtspunkt der Verwaltungs- und Betriebskosten ergibt sich kein entscheidender Ausschlag zugunsten des einen oder anderen Systems. Zusätzliche Kostenstellen der Privatversicherer werden mit großer Wahrscheinlichkeit durch Einsparungen auf anderen Gebieten wenigstens ausgeglichen.

5.3 Die Überwachung der Prämien

Ein Nachteil eines Pflicht-Haftpflichtsystems sei die mangelhafte Überwachungsmöglichkeit der Einhaltung der Prämienzahlung, ist gesagt worden⁴¹². Dieses Argument ist unter dem Gesichtspunkt der Effektivität des Versicherungsschutzes von besonderer Bedeutung. Die Überwachung ist aber wohl nicht so schwierig, wie dargestellt. Abgesehen von der Überwachung der Prämienzahlung durch die Versicherungsgesellschaften, die sich heute durchgängig der Datenverarbeitungsanlagen bedienen, käme eine steuerliche Sanktion in Betracht: der Kinderfreibetrag könnte nur beansprucht werden, wenn die Prämienzahlung nachgewiesen wird. Auf diese Weise ist eine jährliche Kontrolle gewährleistet. Die Zusammenarbeit staatlicher Stellen mit Versicherungsgesellschaften und Kreditinstituten funktioniert

Kfz-Handwerk gebräuchlich und nicht selten Anlaß zu einer allzu großzügigen Reparaturabwicklung.
412 v.Hippel, JZ 1972, 735ff, 736; ders. VersR 1972, 32f

z.B. im Bereich der Kraftfahrzeughalter-Haftpflicht, der Wohnungsbau- und Sparförderung sowie des Kapitalertragssteuerabzugs durchaus. Erfahrungsgemäß ist der Prozentsatz der Bürger, die trotz steuerlicher Sanktion ihrer Verpflichtung zur Prämienzahlung nicht nachkommen, sehr klein.

Es mag eingewendet werden, dies bedeute wiederum Verwaltungsaufwand. Das ist richtig. Es ist aber kein zusätzlicher Aufwand, denn auch bei einer allgemeinen Volksunfall- und Sachversicherung fiele dieser Überwachungsaufwand an, es sei denn, man finanzierte sie mittelbar über eine allgemeine Steuererhöhung, wobei der Fiskus dem Versicherungsträger die erforderlichen Mittel jeweils nach einem geschätzten Jahresbedarf zuwies. Dieses Verfahren würde jedoch zahlreiche Fragen der Steuergerechtigkeit aufwerfen (z.B. progressionsbedingte Verzerrungen) und ist bisher vermutlich wegen dieser Brisanz auch noch nicht vorgeschlagen worden⁴¹³.

Auch im Bereich des Verfahrens zur Überwachung der von den Versicherungen benötigten Mittel ergeben sich keine entscheidenden Vorteile zugunsten eines der beiden Systeme.

5.4 Der quantitative Schwellenwert

Großfeld⁴¹⁴ hat darauf hingewiesen, daß das Funktionieren eines Pflichtversicherungssystems abhängig ist von dem Erreichen statistischer Schwellenwerte. Es handelt sich dabei um quantitative (Schadensdichte) und qualitative Grenzen (Schadenshöhe). Das Problem der Schadenshöhe

413 Auch nicht von v.Hippel, Schadensausgleich, S. 95ff; JZ 1972, 735

414 AaO, S. 693ff, 698

spielt in diesem Zusammenhang allerdings nur eine untergeordnete Rolle: auch die privaten Versicherer sind durch Rückversicherungspools in der Lage, auch Schäden von extremer Höhe aufzufangen. Entscheidender für die Funktionsfähigkeit eines Pflichtversicherungssystems scheint eher die quantitative Schwelle zu sein: erst das Überschreiten des quantitativen Grenzwertes, wenn also "Einzelrisiken zu Massenrisiken werden", bringt ein Schadensverteilungssystem, das auf der Feststellung eines individuellen zivilrechtlichen Anspruchs beruht, an den Rand der Funktionsfähigkeit; zuviele Einzelfeststellungen sind notwendig⁴¹⁵. Diese quantitative Schwelle ist im Bereich der Elternhaftung noch nicht erreicht. Kinderschäden sind noch nicht so häufig, daß sie auf dem privaten Anspruch basierende Regulierungspraxis einer privaten Haftpflichtversicherung versagen könnte. Im übrigen ist auch die statistische Schwelle eine variable Größe. Je einfacher der festzustellende Anspruch konzipiert ist, desto höher liegt der Schwellenwert, der ja abhängig ist von den notwendigerweise zu treffenden Einzelfeststellungen.

5.5 Die gesamtwirtschaftliche Kostenstelle

An ein Schadenstragungssystem ist die Anforderung zu stellen, daß es sozial gerecht ist. Ist es gerechter, wenn die Allgemeinheit oder wenn die Eltern letztlich die Kosten tragen, d.h. sog. letzter Schadensträger sind? Welches der beiden Kollektive soll die gesamtwirtschaftliche Kostenstelle sein, der der Schaden zugerechnet wird⁴¹⁶? Die Ermittlung der richtigen Kostenstelle ist äußerst schwierig. Die Problematik liegt darin, daß die Frage der gerechten Kostenverteilung (iustitia distributiva⁴¹⁷) stark wertausfüllungsbedürftig ist⁴¹⁸. Gleichwohl

415 Vgl. Großfeld, aaO, S. 694, 695f.

416 Vgl. Weyers, aaO, S. 492ff; Großfeld, aaO, S. 694f.

417 Der Begriff geht zurück auf Aristoteles, Nikomachische Ethik, S. Buch, Kap. 5-7.

418 Weyers, aaO, S. 573, bezeichnet das Gerechtigkeitspostulat als "formales Prinzip".

soll die Frage erörtert werden. Es erscheint auf den ersten Blick unbillig, die Allgemeinheit mit Kosten zu belasten, die nur einer genau definierbaren Gruppe, den Eltern nämlich, entstehen können. Ein unmittelbarer Sachzwang für eine Streuung auf die Gesamtheit besteht nicht. Das Kollektiv der Eltern ist groß genug, um derartige Kosten auffangen zu können. Je kleiner das schadenstragungsfähige Kollektiv ist, desto gerechter, d.h. dem Risiko angemessener, vermag man die Kosten zuzurechnen. Dies führt zu der Herausbildung von Risikogruppen bzw. -sphären, z.B. den (im öffentlichen Dienst tätigen) Kraftfahrern, den Eltern. Auch die Prämienstruktur über ein Bonus-Malus-System dient der Spezifizierung der Risiken. Diese trägt neben dem Gedanken der Prävention auch dem der gerechten Zuteilung von Kosten Rechnung. Bei aller Problematik der Wertausfüllungsbedürftigkeit des Postulats der gerechten Kostenverteilung muß innerhalb einer Risikoversicherung eine Zuordnung nach Risikosphären als gerecht empfunden werden, solange dadurch die Schadenstragungspotenz des Kollektivs nicht in Frage gestellt ist.

Gleichwohl erscheint eine Verteilung der von Kindern angerichteten Schäden auf das Gesamtkollektiv nicht als ungerecht. Zwei Gründe seien hier erwähnt. Das Heranziehen von Kindern ist keine im Kern eigennützige Tätigkeit, wie z.B. der Betrieb eines Kraftfahrzeuges. Es liegt vielmehr im rudimentären Interesse der Allgemeinheit. Daher besteht eine das Kollektiv der Eltern überragende Interessenlage des Gesamtkollektivs, die eine Zuordnung eines (weiteren) Teiles der mit dem Heranziehen von Kindern verbundenen Kosten auf jene Allgemeinheit nicht als unbillig erscheinen läßt. Ein weiteres kommt hinzu. Ein nicht unbeträchtlicher Teil der Risiken, die zu Kinderschäden führen, gehen weniger von den Kindern aus, als daß sie von der Außenwelt auf die Kinder einströmen. Hierzu gehört der gesamte Bereich der Technik. Von ihr gehen Gefahren aus, mit denen Erwachsene und selbst

Fachleute oft vergeblich kämpfen. Wenn die Allgemeinheit den Umgang mit der Technik trotz der Gefahren für wünschenswert und notwendig erachtet, erscheint es nicht ungerecht, daß sie neben den unmittelbaren auch mittelbare Kosten übernimmt. Wenn keine zwingenden Gerechtigkeitsvorstellungen dagegen sprechen, einem der beiden Kollektive die Kosten aufzubürden, dann ergibt sich hieraus zwangsläufig, daß auch eine Verteilung der Kosten auf beide Stellen praktikabel ist: z.B. die Einbeziehung der Allgemeinheit als Kostenstelle durch steuerliche Berücksichtigung privater Prämienzahlung.

5.6 Keines der Verteilungssysteme hat entscheidende Vorteile

Es würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen, wollte man auf alle Einzelprobleme, die mit der Einführung eines der beiden Schadenstragungssysteme verbunden sind, eingehen. Sie sind ausgiebig und kontrovers in bezug auf die Kraftfahrzeughaftpflicht diskutiert worden⁴¹⁹. So müßte z.B. die Gefährdungshaftung entsprechend dem Referentenentwurf zur Neuregelung des Deliktsrechts⁴²⁰ auch einen Schmerzensgeldanspruch auslösen. Die Zusammenarbeit der Sozialversicherung mit den Haftpflichtversicherern (Stichwort: Teilungsabkommen)⁴²¹ kann noch verbessert werden. Auch die Behandlung des Mitverschuldens⁴²² des Verletzten sowie die der groben Fahrlässigkeit und des Vorsatzes⁴²³ auf seiten des Verletzers werfen noch Probleme auf. Eine summarische Feststellung sei erlaubt:

419 Vgl. statt vieler: Stoll, RabelsZ 1972, 285ff (zum Kraftfahrzeughaftpflichtrecht; Güllemann, aaO; Borgmann, ZRP 1973, 53ff.

420 "E 67" abgedr. in Karlsruher Forum 1962, 42ff

421 Vgl. hierzu v.Hippel, ZRP 1972, 49ff u. ZRP 1973, 28f.

422 Güllemann, aaO, S. 164

423 v.Hippel, Schadensausgleich, S. 85ff

keines dieser Probleme, die überdies teilweise beiden Systemen gemeinsam anhaften, ist so gewichtig, daß es den Ausschlag für das eine oder andere Modell der Schadens-
tragung und -verteilung geben könnte. Weder die großen Leitgedanken noch die zu bewältigenden Detailprobleme sprechen zwingend für das eine oder andere System. Beide sind funktionsfähig. Auch der engagierteste Verfechter einer öffentlichen Unfall- und Sachversicherung - E. v. Hippel - hat eingeräumt⁴²⁴, daß es nicht so sehr darauf ankomme, auf welchem Wege bestehende Mängel beseitigt würden, als daß sie beseitigt würden.

Die Unterschiede beider Verteilungssysteme sind in Auflösung begriffen⁴²⁵. Der ursprüngliche Sinn der Haftpflichtversicherung bestand ja darin, den Schädiger vor der wirtschaftlichen Last einer Inanspruchnahme zu schützen. Von dieser Leitidee hat sich die Haftpflichtversicherung weitgehend gelöst. Zunehmend ist der Schutz des Verletzten in den Vordergrund getreten, z.B. durch Einführung der Pflichtversicherung und Gewährung eines Direktanspruches⁴²⁶. Die Haftpflichtversicherung ist sachlich "Versicherung zugunsten Dritter". Der individuelle Anspruch ist nur noch das Hilfsmittel (die "Krücke"⁴²⁷), um den Verteilungsmechanismus in Gang zu setzen⁴²⁸. Bei sich dermaßen annähernden Systemen⁴²⁹ ist die Entscheidung für das eine oder andere Modell keine juristische oder ökonomische Frage mehr. Ob eine private Pflichtversicherung oder eine öffentliche Unfall- und Sachversicherung eingeführt wird, ist letztlich eine politische Frage⁴³⁰. Sie tritt immer dann deutlich in den Vorder-

424 v. Hippel, Schadensausgleich, S. 44ff; ZRP 1973, 29

425 Großfeld, aaO, S. 695ff

426 Zum Direktanspruch in rechtsvergleichender Sicht vgl. Hübner in VersR 1977, 1069ff.

427 Großfeld, aaO, S. 698

428 In diesem Sinne auch Weyers, aaO, S. 394 u. 569

429 Großfeld, aaO, S. 695, spricht von der "Umpolung der Haftpflichtversicherung in eine Unfall- und Sachversicherung".

430 Esser, Gefährdungshaftung, S. 125; Weyers, aaO, S. 559; Großfeld, aaO, S. 700

grund, wenn die soziale Sicherung - wie etwa in den USA - nur schwach ausgebaut ist und deshalb eine allgemeine Unfall- und Sachversicherung von existenzieller Bedeutung ist. Sie scheint aber auch dann durch, wenn es - wie in der Bundesrepublik - um die Frage geht, welche Bereiche der Schadensvorsorge der privaten Initiative überlassen bleiben sollen. Und sie bekommt schließlich den Charakter einer gesellschaftspolitischen Grundsatzfrage, wenn es darum geht, ob - bei großer sozialer Sicherheit - ein öffentlich-rechtlicher, staatlicher Monopolist das Risiko tragen soll oder ob dies einem privat- und wettbewerbswirtschaftlich konzipierten System überlassen bleibt.

6 Der Gedanke der Prävention

Bei dem aufmerksamen Leser hat sich möglicherweise an einigen Stellen der Untersuchung - insbesondere dort, wo vom Vorrang des erzieherischen Leitbildes die Rede war - Skepsis breitgemacht, ob denn nicht dem Gedanken der Schadensverhütung zuwenig Rechnung getragen worden ist⁴³¹. Dem Gedanken der Schadensprophylaxe kommt insbesondere bei Kinderschäden nur untergeordnete Bedeutung zu, wie überhaupt der Präventionsgesichtspunkt wohl oft überbewertet wird⁴³². Dies ist zu begründen.

Es ist unbestreitbar, daß zwischen den verschiedenen Aufgaben von Schadenstragungssystemen Zielkonflikte entstehen können. Dies gilt auch für die Ziele der Schadensverteilung einerseits und Schadensverhütung andererseits⁴³³. Prävention soll durch (Sorge vor) Belastung erreicht werden, Verteilung will Belastung beseitigen

431 Ausführlich: Großfeld/Hübner, Schadensverhütung und Versicherung, ZVers Wiss 1977, 393ff

432 S. hierzu: Esser, Gefährdungshaftung, S. 54f; Weyers, aaO, S. 552

433 S. Weyers, aaO, S. 529ff, 641

bzw. vermindern⁴³⁴. Aber auch dieser Zielkonflikt ist so scharf nicht. Die Angst um die persönliche Integrität und das persönliche Vermögen sei immer noch das beste Regulativ zur Schadensverhinderung, ist gesagt worden⁴³⁵. Wenn aber die Angst um die persönliche Integrität die Schadensprophylaxe nicht oder nicht genügend bewirken kann, dann kann es erst recht nicht die Angst vor der Vermögenseinbuße. Die Erfahrung mit Kraftfahrzeugunfällen lehrt, daß nicht einmal ein Leben im Rollstuhl taugliches Regulativ für vernünftiges und sicheres Fahren ist (Stichwort: Sicherheitsgurt). Der Grund liegt wohl darin, daß das menschliche Wesen nur bedingt willens und fähig ist, sich - ständig - zweckrational zu verhalten⁴³⁶. Wenn aber überhaupt irgendeinem Umstand präventive Funktion zuzubilligen ist, dann ist es die Furcht vor dem eigenen Körperschaden, jedenfalls mit einem ganz vorrangigen Stellenwert vor der Angst um Vermögenseinbuße. Dies gilt insbesondere dann, wenn Eigen- und Fremdschäden dicht beieinanderliegen: wenn es oft nur vom Zufall abhängt, ob der Schädiger oder Geschädigte (schwerer) an Körper oder Vermögen geschädigt wird.

Die Nähe von Eigen- und Fremdschäden ist aber nicht nur bei Kraftfahrzeugschäden gegeben, sondern in besonderem Maße auch bei Kinderschäden. Gerade bei Spielunfällen hängt es doch ebenfalls oft nur vom Zufall ab, ob das eigene oder fremde Kind oder ein Dritter zu Schaden kommt. Ein Nachlassen der Anspannung der Eltern bei der Leitung und Lenkung ihrer Kinder ist wegen dieser materialen Verbindung von Eigen- und Fremdschaden auch bei Einführung eines Verteilungsmechanismus' nicht zu erwarten.

434 Weyers, aaO, S. 530

435 Borgmann, ZRP 1973, 56, unter Bezugnahme auf Deutsch, JZ 1968, 725ff

436 Weyers, aaO, S. 456ff, 462

Nur am Rande sei angemerkt, daß man zusätzliche Anreize zur Schadensverhütung in formeller Weise erreichen kann: z.B. durch Selbstbeteiligungen, Prämienstaffelung und Rückvergütungen. Ausschlaggebende Motivation zur Prävention wird jedoch die natürliche Eltern-Kind-Beziehung sein und bleiben.

V ZUSAMMENFASSUNG

Ist die Bedeutung der Prävention relativiert, die mehr emotionale Befürchtung, das elterliche Gewissen könne sich über Gebühr weiten, die Anspannung bei der Aufsichtsführung nachlassen, widerlegt, dann sprechen alle gewichtigen Argumente für eine Ablösung des derzeitigen Konzeptes der Elternhaftung zugunsten einer versicherungsrechtlichen Lösung. Allen das Problem des Kinderschadens berührenden Interessenkreisen würde Rechnung getragen. Die Eltern brauchten keine existenzgefährdende Belastung zu befürchten, sie könnten ihre Aufsichtsführung demzufolge vorbehaltlos am eigentlichen Erziehungszweck orientieren und brauchten sie nicht wegen ihrer deliktischen Funktion zu verzerren, der Geschädigte schließlich wäre gesichert. Die Spannungsverhältnisse und Widersprüchlichkeiten, die § 832 de lege lata kennzeichnet, würden beseitigt. Eine allgemeine Volksunfall- und -sachversicherung machte die Norm entbehrlich. Aber auch eine pflichtversicherungsrechtliche Lösung wäre in der Lage, die Probleme des § 832 ausnahmslos zu lösen. Sie würde den Weg ebnen für ein neues Haftungskonzept einer Gefährdungshaftung, wie sie im benachbarten Ausland teilweise praktiziert wird oder werden soll. Es bedürfte dann nicht des fragwürdigen Instituts der Beweislastumkehr. Das Problem der vertraglichen Übernahme der Aufsichtsführung (§ 832 II) wäre entschärft. Dem zeitgeschichtlichen Phänomen der Jugendemanzipation, die den Einfluß der Eltern begrenzt, würde Rechnung getragen. Die berufliche Tätigkeit beider Elternteile ließe keine kaum vertretbare Haftungslücke entstehen. Die verfassungsrechtlichen Bedenken, denen § 832 ausgesetzt ist, weil die Norm zur Gefährdungshaftung tendiert und teilweise Gefährdungshaftung ist, würden ausgeräumt. Schließlich würde die Rechtsprechung von einer

gefährdungshaftungsrechtlichen Konzeption der Elternhaftung profitieren. Die Spruchpraxis könnte an Berechenbarkeit und Geradlinigkeit gewinnen, weil sie nicht unter dem Druck der Spannungsverhältnisse und Widersprüchlichkeiten stünde und die Frage nach der Existenz einer privaten Haftpflichtversicherung keine Entscheidungsmaxime zu sein brauchte.

Der Gesetzgeber sollte bei einer Reform des Deliktsrechts an der Elternhaftung des § 832 nicht vorbeigehen, sie vielmehr vorrangig betreiben.

L e b e n s l a u f

Am 18. Februar 1943 wurde ich als Sohn des Ingenieurs Friedrich Deerberg und seiner Ehefrau Anni geb. Uelner in Gummersbach geboren. Zu Ostern 1963 machte ich auf dem neusprachlichen und mathematisch-naturwissenschaftlichen Freiherr vom Stein-Gymnasium in Lünen das Abitur. Ich studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten in Köln, Berlin und Erlangen. Die erste juristische Staatsprüfung legte ich im Juni 1969 vor dem Bayerischen Justizprüfungsamt ab, die zweite Staatsprüfung im Juni 1974 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen.

Seit Februar 1975 bin ich als Regierungsrat in der Finanzverwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen tätig.

